

Controversen-Lexikon

des

römischen Civilrechts.

Ein Hülfsbuch

für

praktische Juristen derjenigen Länder, in welchen römisches Recht gilt,

bearbeitet

von

C. Matthiae

Kreisrichter in Holzminden.

Zweiter Theil:

Das Erbrecht.

Leipzig

Verlag von Otto Wigand.

1859.

Vorrede.

Dem juristischen Publicum übergebe ich hiermit den in der Vorrede zu meinem Controversen-Lexikon versprochenen zweiten Theil desselben, das Erbrecht enthaltend, zur günstigen Aufnahme. Bei der Bearbeitung dieses zweiten Bandes sind die vorzüglichsten Zweifels- und Entscheidungsgründe, unter Hinweisung auf die Literatur, vollständiger aufgenommen, als dies in dem ersten Theile geschehen ist. — Die Motive, welche mich zu dieser etwas veränderten Vorführungsweise der erbrechtlichen Controversen veranlaßt haben, und diese Aenderung auch in den Augen des juristischen Publicums rechtfertigen dürften, liegen in der complicirten Natur der erbschaftlichen Lehren, welche bei manchen Controversen ohne Andeutung ihrer Begründung oft unverständlich sein würden, während die Quelle brauchbarer Präjudizien, in denen die einzelnen controversen Ansichten gründlich und gegensätzlich entwickelt sind, so daß darauf zur Erläuterung verwiesen werden könnte, gerade beim Erbrechte am dürftigsten fließt. Wenn übrigens dieser zweite Theil des Controversen-Lexikons sich einer gleich günstigen Aufnahme erfreuen würde, wie solche dem ersten Theile zu Theil geworden ist, so werde ich auch den Civilproceß in gleicher Weise bearbeiten und als dritten und letzten Theil des Controversen-Lexikons im Druck erscheinen lassen.

Holzminden, im Januar 1859.

C. Matthiae.

A.

Abdecker, ob sie personae turpes seien, s. Notherbenrecht II. c. 10.

Abgefundene Kinder, deren Verletzung im Pflichttheil, s. Erbvertrag c. 10, desgl. Erbverzichte c. 3.

Accrescenzrecht, s. Anwachsungsrecht.

— — bei Erbverträgen, s. Erbvertrag c. 12.

— — der armen Wittwen, s. Intestaterbrecht der armen Wittwen c. 11.

— — ob solches den Substitutionen vorgehe? s. substitutio vulgaris c. 4.

— — ob solches bei militairischen Testamenten eintrete? s. testamentum militare c. 10.

— — ob Collationspflicht dabei stattfinde? s. Collationspflicht c. 6.

— — wenn ein Miterbe des Fiduciars wegfällt, s. Universalfideicommiß c. 5.

Actio Calvisiana et Faviana utilis, s. querela inoff. donationis c. 9.

Actio hypothecaria der Legatare, s. Vermächtnisse C c. 1.

Actio personalis ex testam., s. Vermächtnisse C. c. 1.

— **in rem**, s. das. c. 1.

Actio ad supplendam legitimam.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 142 f.
de Schleinitz, comm. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur.
Francke, Notherbenrecht S. 328 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 1 f.

I.

Streitig ist, welches die Natur der actio suppletoria sei.

Einige meinen, die Klage sei als eine actio in rem scripta gegen jeden Besitzer der Erbschaft, sowohl dritte Besitzer als Vermächtnißnehmer anzustellen. Man beruft sich auf L. 10 pr. L. 20. §. 3 D. de bon. libert. L. 36 D. de inoff. test.

Schweder, diss. de condict. ex lege liber. ad suppl. legitimae comp. (in dessen disput. varii argumenti N. XII. th. 4 u. 31.)
Merlinus, de legitima lib. 5. tit. 4. qu. 6.
Schmidt, Lehrb. von Klagen und Einreden §. 551.

Andere meinen, die act. suppl. sei gar kein eigenthümliches Rechtsmittel, vielmehr werde je nach den Umständen durch die hereditatis petitio, die familiae herciscundae oder durch die Vermächtnißklage die Ergänzung des Pflichttheils gefordert. Es müsse fingirt werden, daß der Pflichttheil vollständig hinterlassen sei, so daß, wer zum Erben auf zu wenig ernannt wäre, als auf seinen Pflichttheil eingesetzt behandelt würde, und daß der, welchem durch Vermächtniß weniger hinterlassen sei, doch den vollen Pflichttheil, als sei er ganz hinterlassen, mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln eines Legatars einfordere, arg. L. 36 pr. C. de inoff. test.

Faber, err. Pragm. dec. 14. err. 8.
Vinnius ad §. 3 Inst. d. inoff. test.
Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 171.
Puchta, Pand. §. 489.

Andere meinen, nur das sei richtig, daß, wenn der Erblasser selbst die Ergänzung des Pflichttheils anordnete, der Berechtigte wegen dieses ihm wirklich Hinterlassenen, alle Rechtsmittel eines Legatars habe. Sonst aber werde „non ex testatoris, sed ex legis dispositione" geklagt, und selbst dann müsse die Klage stattfinden, wenn der Erblasser ausdrücklich die Ergänzung des Pflichttheils verboten haben sollte. Die Klage sei also eine persönliche, originirend aus einer gesetzlich den Erben auferlegten Verbindlichkeit, und schon die Glosse habe sie eine condictio ex lege genannt.

de Schleinitz, de actione, qua ad legit. port. suppl. agitur §. 14.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 5. 2. §. 51.
Francke, Notherbenrecht S. 333.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 23 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 138.
Arndts, Pand. §. 596.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 146 u. 152.

Präjudiz 1.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 14. Jan. 1831, i. AS. Böse und Herbst.

Die Pflichttheilsergänzungsklage ist von der Inofficiositätsquerel ganz verschieden, eine persönliche Klage, nämlich eine nur gegen eingesetzte Erben, mit Ausnahme gewisser Fälle, in denen sie gegen Legatarien und Fideicommissarien statt hat, gerichtete condictio ex lege. Sie erfordert, daß dem Kläger irgend etwas — quantulacunque res vel pars hereditatis — vom Testirer nachgelassen sei, daher dieser Umstand zum Klagegrunde gehört.

v. Schleinitz, de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur, commentatio §. 23 u. 30.

Präjudiz 2.

In einer Rechtssache dieses Betreffs wurde die Klage, weil es an jeder bestimmten Angabe über den Werth der ganzen Erbschaft mangle, von den Gerichten I. und II. Instanz angebrachtermaßen abgewiesen. Der oberste Gerichtshof erkannte hingegen:

Daß dem Beklagten die Vorlegung eines ordnungsmäßigen Inventars, oder in dessen Ermangelung einer auf Erfordern eidlich zu bekräftigenden Specification der Verlassenschaft aufzugeben, und nach den bei dem Gerichte I. Instanz hierüber weiter zu eröffnenden Verhandlungen ferner w. R. zu erkennen sei.

Gründe:

Im Allgemeinen muß dem Pflichttheilsberechtigten die rechtliche Befugniß eingeräumt werden, von demjenigen Erben, welchem eine in Anspruch zu nehmende Ergänzung des Pflichttheils obliegt, die Vorlegung eines ordnungsmäßigen Inventars oder in dessen Ermangelung einer eidlichen Verzeichnung des in Betracht kommenden Nachlasses zu dem Zweck zu verlangen, nicht allein das Maß einer etwa zugefügten Verletzung im Pflichttheile, sondern überhaupt das Vorhandensein einer solchen Verletzung zu ermitteln. Die Geltendmachung dieser Befugniß erscheint zuläßig, ebensowohl mittelst einer selbständigen Klage, als in Verbindung mit der eventuell die Ergänzung des Pflichttheils selbst verfolgenden Klage. Hievon vermag insbesondere die Eigenschaft dieser letztern Klage, als einer persönlichen, nichts zu ändern. Da nun Klägerin zum Zweck der nähern Ermittelung ihres Pflichttheils die Vorlegung eines zu Recht beständigen Inventars oder in dessen Ermangelung eines eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses der väterlichen Verlassenschaft von Seite des Verklagten ausdrücklich gefordert hat, nicht weniger weder ihre Pflichttheilsberechtigung an sich, noch der Nachlaßbesitz auf verklagter Seite bestritten ist: so würde die hier angestellte Klage auf Ergänzung des Pflichttheils unter der Voraussetzung begründet sein, daß das Ergebniß der von dem Beklagten zu bewirkenden Manifestation und der auf deren Grund, namentlich über die der Klägerin obliegende Collationspflicht weiter einzuleitenden Verhandlungen eine Verletzung der letzteren im Pflichttheile erkennen läßt........

Erk. des OAG. zu Cassel vom 3. Juni 1853, in S. Schmidt w. Gombert.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 212.

Präjudiz 3.

Der Gärtner Behrens in Wolfenbüttel hat am 18. Febr. 1843 ein Testament errichtet, in welchem er bestimmt:

§. 2.

Ich setze zu Erben ein

1) meine Tochter Wilhelmine verehel. Haars,
2) meine Tochter Caroline verehel. Otte,

und substituire beiden deren Kinder.

§. 3.

Meine Tochter Wilhelmine soll auf ihren Erbtheil haben meinen vor dem kalten Thale belegenen Garten nebst Zubehör; meine Tochter Caroline soll den Schwak'schen, den Anton'schen Garten und den Deichgarten nebst Zubehör erhalten, und soll letztere meine Schulden bezahlen und die Kosten der Beerdigung tragen. Die Bestimmung, daß meine Tochter Wilhelmine den Garten auf ihr Erbtheil haben solle, bestimme ich näher dahin, daß meine Tochter nur zur Zeit ihrer Lebensdauer die Nutzung des Gartens haben, das Eigenthum daran aber den Haars'schen Kindern vermacht sein solle. In §. 4 und §. 7 werden kleine Legate an die Enkel des Testators, Kinder der Wilhelmine und Caroline, ausgesetzt.

Die Wilhelmine Haars erhob nun gegen ihre Schwester Caroline Klage „auf Ergänzung des Pflichttheils" und führte aus, daß der Garten im kalten Thale nur 650 Thlr. werth sei, und die jährliche Revenüe davon, also ihr Erbtheil, nur 10 Thlr. 4 gGr. betragen würde, wogegen der Gesammtbetrag des Nachlasses 7556 Thlr. ausmache, wovon der Verklagten 6450 Thlr. zugefallen sei. Der Pflichttheil der Klägerin würde vorläufig 1242 Thlr. 16 gGr. betragen. Das petitum geht dahin, die Verklagte zu verurtheilen, der Klägerin den Betrag des derselben von dem Nachlasse ihres Vaters gebührenden Pflichttheils, nach vorgängiger näherer Ermittelung desselben, und soweit die Klägerin solchen durch den ihr vermachten Nießbrauch des Gartens nicht schon bekommen habe, mit Verzugszinsen zu 5% vom Tage der erhobenen Klage, zu bezahlen. Bis zur Duplik wurde schriftlich verhandelt, und sodann vom Kr.-Ger. Wolfenbüttel ein Interlocut abgegeben. Auf erhobene Appellation der Verklagten und die gestellte Beschwerde, daß die Klage nicht als unbegründet zurückgewiesen worden, weil nach L. 32. L. 36 pr. und §. 1 Cod. de inoff. test. alle Beschwerungen des Pflichttheils, mithin daß die Erbin bloß den Nießbrauch, ihre Kinder das Eigenthum des Gartens haben sollten, ungiltig seien und für nicht geschrieben gelten, die Klägerin also Eigenthümerin des Gartens mit dem Nießbrauch bleiben müsse, erkannte das

ehemalige OLG. zu Wolfenbüttel unterm 22. Dec. 1846: Was die Sache selbst betrifft, so hat der weiland Gärtner H. Behrens im Testamente vom 18. Febr. 1843 §. 2 die Klägerin und die Beklagte als einzige Kinder ohne Angabe von Quoten, also Jede zur Hälfte, zu Erben eingesetzt, und in den folgenden §§. theils an dritte Personen, theils an die Erben selbst, Vermächtnisse hinterlassen. So ist es ein Prälegat, daß im §. 3 der Klägerin der Nießbrauch des hinter dem kalten Thale belegenen Gartens, der Verklagten der ehemals Schwak'sche, Anton'sche und Deichgarten zugetheilt ist.

L. 33 D. famil. herc. 10, 2.

Pufendorf, obs. T. III. p. 559.

Ebenso sind es Befreiungs-Prälegate an die Klägerin, daß die Beklagte die Erbschaftsschulden und Beerdigungskosten allein zu tragen hat,

L. 69. §. 2. L. 49. §. 4 und 5 D. de leg. I. (30).

L. 7. §. 3 D. de liberat. legat. 34, 3.

und an die Verklagte, daß gegen sie auch die nicht durch Confusion erloschene Hälfte einer Dotalforderung zu 100 Thlr. von der Klägerin nicht geltend gemacht werden darf (§. 6).

L. 24 D. de liberat. legat. 34, 3.

Außerdem sind beiden Erbinnen, einer Jeden zur Hälfte,

L. 31 pr. D. de legat. II. (31),

als Legate an dritte Personen auferlegt: der Tägtmeier'sche Garten an die älteste Tochter der Klägerin, Antoinette verehel. Sambleben (§. 4) und die silberne Uhr des Erblassers an den Sohn der Verklagten Carl (§. 7), wie denn auch die im §. 3 den Kindern der Klägerin ausgesetzte Proprietät an dem hinter dem kalten Thale belegenen Garten, mag sie als ein von beiden Erbinnen hinterlassenes Legat, oder als ein der Klägerin allein auferlegtes Fideicommiß betrachtet werden, jedenfalls einem Vermächtnisse gleich zu behandeln ist.

Hiernach kann der Pflichttheil der Klägerin nicht durch Erbeinsetzungen, sondern lediglich durch die auf den Erbtheil oder das eigene Vermögen gelegten Vermächtnisse verletzt sein. In solchem Falle sind die Vermächtnisse, soweit dadurch der Pflichttheil belästigt worden, ungiltig,

L. 32 C. de inoff. test. 3, 28.

cf. Nov. 18. c. 3.

und der Pflichttheil muß durch Retention der nicht gezahlten oder durch Rückforderung der gezahlten Vermächtnisse ergänzt werden, bevor der Verletzte zur suppletorischen Klage gegen die Miterben schreiten darf.

de Schleinitz, comment de actione, qua ad legit. port. supplend. agitur p. 71 et 73.

Mühlenbruch, Fortsetz. von Glück's Comment. Bd. 36. S. 20.

Die Verklagte hat daher Recht, wenn sie die Klage auf Pflichttheilserfüllung gegen sie als Miterbin für unbegründet hält. Nur darin irrt sie, daß sie zu der von den Legataren zu beschaffenden Erfüllung nichts beitragen zu müssen vermeint. Die Prälegate, welche ihr vor der Klägerin hinterlassen sind, nämlich die Hälfte des Schwak'schen, Anton'schen und Deichgartens nebst den Inventarien und den im Hause des Erblassers vorhandenen Effecten, und die Liberation von der auf sie fallenden Quote der Dotalschuld zu 100 Thlr., werden denselben Abzug erleiden müssen, als die sonst ausgesetzten Vermächtnisse,

Glück, Comment. Bd. 7. S. 93.

dergestalt, daß die Verklagte von demjenigen ihr zugetheilten Erbschaftsvermögen, welches ihre Intestaterbportion übersteigt, und die sonstigen Legatare von dem, was diesen in dem Testamente angewiesen worden, gemeinschaftlich nach Maßgabe des Werths der Legate beizutragen haben. Angenommen also, um das Beitragsverhältniß durch ein Beispiel zu erläutern,

der ganze Nachlaß (die Schulden abgezogen,
L. 8. §. 9 D. de inoff. test. 5, 2)
betrüge . . . . 1200 Thlr.

und davon hätten im Testamente angewiesen erhalten, an Werth

1) die Klägerin	. . . . . .	100 Thlr.
2) die Verklagte	. . . . . .	900 „
3) die übrigen Legatare	. . . .	200 „
	Summa	1200 Thlr.

so würden, weil die Klägerin an dem Pflichttheile zu $^1/_3$ der Intestatportion oder zu 200 Thlr. verletzt sein würde um 100 Thlr., die Verklagte und die übrigen Legatare pro rata zur Erfüllung dieser Summe beizutragen haben:

a. die Verklagte von	. . . . .	300 Thlr.
da sie nur in Rücksicht dessen, was ihre Intestatportion übersteigt, beitragspflichtig ist;		
b. die übrigen Legatare von	. . .	200 „
demnach die Beitragsquoten bestehen		
für die Verklagte in $^3/_5$ oder	. . .	60 „
für die übrigen Legatare in $^2/_5$ oder	. .	40 „
	im Ganzen	600 Thlr.

und dadurch die Klägerin unter Hinzurechnung

der im Testamente empfangenen	. . .	100 Thlr.
ihren Pflichttheil voll erhalten mit	. . .	200 „

Behuf des obigen Zweckes steht die actio commun. divid. zu Gebote,

L. 8. §. 1 D. de communi div. 10, 3.

Die Klägerin, welche von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, muß daher zwar mit der gegen die Verklagte auf das Ganze gerichteten Klage insoweit zurückgewiesen werden, als die übrigen Legatare ihrer Seits zur Ergänzung des Pflichttheils zu concurriren schuldig sind, kann aber im Uebrigen sehr wohl in diesem Verfahren den Erfolg einer in aller Hinsicht bestimmten Verurtheilung der Verklagten herbeiführen.

Um beurtheilen zu können, ob eine Verletzung im Pflichttheile stattgefunden habe, und ob und in welchem Maße die Verklagte zur Ergänzung des der Klägerin hieran Fehlenden beizutragen verpflichtet sei, worüber freilich die Beweislast zunächst der Klägerin anheimfällt, ist der Betrag des Vermögens des Erblassers zur Zeit dessen Todes und zwar, soweit nöthig, nach Gelde durch Schätzung von Sachverständigen zu ermitteln, dergestalt, daß hierdurch zugleich der Werth der einem jeden der streitenden Theile, sowie der Werth der den übrigen Legataren angewiesenen Gegenstände constatirt wird. Daß zu dem Behufe jeder Theil von dem in seinen Händen befindlichen Erbschaftsvermögen ein Inventar, eventuell eine eidlich zu bestärkende Specification vorzulegen verbunden ist, folgt aus den Grundsätzen der actio commun. divid., und gegen die bei dem Prozesse nicht betheiligten Legatare wird eventuell durch die actio ad exhibendum die Vorzeigung der Nachlaßgegenstände, damit diese festgestellt und zur Taxation gebracht werden können, zu erwirken sein.

Wenn nun derjenige, welcher gemeinschaftliches Vermögen unter sich hat, darüber Rechnung ablegen und den dem Gegner gebührenden Antheil nach einem genauen, mit den erforderlichen Belegen versehenen Verzeichnisse herausgeben muß, wenn ferner erst dann, wenn die Richtigkeit eines solchen Verzeichnisses um deswillen, weil darin nicht alles zum activen und passiven Vermögensbestande Gehörende aufgenommen worden, bestritten wird, der, welcher die Unrichtigkeit behauptet, diese zu erweisen, und die einzelnen fehlenden Stücke zu benennen gehalten ist,

L. 22. §. 10 C. de jure deliber. (6, 30),

so sind die in der sententia a qua normirten Beweise zu früh auferlegt rc.

Bestätigt durch Erkenntniß des ehemaligen OAG. v. 5. Oct. 1847.

II.

Die actio suppletoria geht gegen die Erben, beziehungsweise Miterben.

Präjudiz 1.

Von dem LG. zu Wolfenbüttel ist in einem Erkenntniß vom 29. Aug. 1833 in S. Böse und Herbst ausgesprochen:

Bei der angestellten actio ad supplendam legitimam haften mehrere Erben nur nach Verhältniß ihres Erbtheils unter Bezugnahme auf

L. 10 pr. L. 16. §. 11. L. 30. §. 3. L. 34 D. de bon. libert. 28, 2.
Francke, Notherbenrecht S. 334.

Streitig ist aber, ob auch Pflichttheilsberechtigte, welche auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind, belangt werden können.

Einige meinen, daß ein anderer Pflichttheilsberechtigter nur, sofern er auf mehr, als seinen Intestaterbtheil eingesetzt sei, wegen der Ergänzung in Anspruch genommen werden könne. Man beruft sich darauf, daß die querela inoff. test. nur gegen den eingesetzten Fremden gegeben werde, wenn mit diesem ein Intestaterbe auf nicht mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist; L. 19 D. de inoff. test. 5, 2. Dasselbe sei also auch bei der, die Stelle der querela inoff. test. vertretenden, Ergänzungsklage anzunehmen.

Francke, Notherbenrecht S. 334.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 29.

Andere meinen, jener Schluß sei unberechtigt, weil die beiden Klagen durchaus verschiedener Natur seien. Bei der querela inoff. test. sei jenes angemessen gewesen, weil sie Rescission des Testaments und dadurch Intestaterbfolge herbeizuführen bezweckte, wodurch dann der eingesetzte Notherbe wieder denselben Erbtheil bekommen würde, auf den er eingesetzt worden. Die Ergänzungsklage aber bezwecke nur Vervollständigung des Pflichttheils in gleicher Weise, als wenn diese im Testamente ausdrücklich angeordnet wäre; diese sei eine Last der Erbschaft, die jeder Erbe nach Verhältniß seines Erbtheils anerkennen müsse, soweit dadurch nicht geschmälert werde, was der Erblasser ihm nicht schmälern dürfe.

Hiernach sei der Satz aufzustellen: Sind unter den Erben selbst Pflichttheilsberechtigte, so muß diesen natürlich ihr Pflichttheil ungeschmälert bleiben, und wenn ein solcher nur auf seinen Pflichttheil eingesetzt ist, während Andere auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind, oder gar kein Pflichttheilsrecht haben, so kann die Ergänzungsklage nur gegen diese, nicht auch gegen jenen angestellt werden.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 139 f.
Arndts, Pand. §. 596.

Präjudiz 2.

Pflichttheilsberechtigte Geschwister, denen etwas von Todeswegen hinterlassen ist, haben gegen ihnen testamentarisch vorgezogene unehrenwerthe Personen, welche neben ehrenwerthen eingesetzt sind, die Ergänzungsklage auf den Gesammtbetrag dessen, was den Unehrenhaften hinterlassen wird, bis zur Höhe ihres von der ganzen Masse, wie solche beim Tode des Testirers vorhanden ist, zu berechnenden Pflichttheils.

Zur Begründung dieses Rechtssatzes äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Durch die persönliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils wird keineswegs ein Forderungsrecht geltend gemacht, welches sich als eigentliche Erbschaftsschuld behandeln läßt, und auf welche die Regel der Haftungspflicht mehrerer Miterben pro rata anwendbar wäre. Durch die Klage wird vielmehr, und zwar gegen den Willen des Testirers, ein verwandtschaftliches Näherrecht und hierauf gegründetes Vermögensinteresse geltend gemacht. Daher aber auch nur gegen den unter mehreren eingesetzten Erben, vor welchem dem Kläger gesetzlich jenes Vorzugsrecht gebührt. Wenn ferner die Gesetzgebung in C. 30 de inoff. testam. (3, 28) verordnet, daß die unehrenhafte Per-

son einem ehrenhaften von dem Testirer selbst nicht als ingratus bezeichneten Bruder nicht vorgezogen werden soll, so würde sie in den stärksten Widerspruch verfallen, wenn sie dennoch wollte, daß die unehrenhafte Person mit ihrer Erbportion nur nach Maßgabe des Verhältnisses dieser Portion zu den Erbtheilen der ehrenhaften eingesetzten Erben für den Pflichttheil des Bruders haften solle. Nicht der Pflichttheilsberechtigte soll um so viel weniger erhalten, als nach dieser Berechnung auf die Erbtheile der ehrenhaften Erben fallen würde, sondern umgekehrt soll der Vorzug des pflichttheilsberechtigten Bruders ein absoluter Vorzug sein, und die unehrenhafte Person mit ihrem ganzen Erbtheil für den noch etwa zu fordernden Pflichttheil ganz haften. Auch die Natur des Pflichttheils an sich bringt es mit sich, daß er dem oder den verpflichteten und dem Pflichttheilsberechtigten nachstehenden eingesetzten Erben gegenüber ganz zur Geltung komme, soweit sie überhaupt aus dem Nachlasse honorirt sind.

Mit diesem aus dem Geist der Legislation entwickelten Resultat stimmt auch der Inhalt der positiven gesetzlichen Vorschriften überein. Die Haftungspflicht mehrerer Erben nach Maßgabe ihrer Portionen leidet nämlich alsdann eine Ausnahme, wenn ein Berechtigter und ein Unberechtigter die Erbschaft besitzen, und zwar jener zum Betrage seiner Berechtigung. In einem solchen Fall hat der Miterbberechtigte nur den Unberechtigten in Anspruch zu nehmen, und dieser hat nicht die Befugniß, den Kläger pro rata an seinen Mitberechtigten zu verweisen. Dieser Satz aber, welcher in Betreff der hereditatis petitio in

fr. 1. §. 3 si pars hered. petatur (5, 4)
und in Betreff der Inofficiositätsquerel in
fr. 19 de inoff. testam. (5, 2)

ausgesprochen worden ist, läßt sich auch, da er nicht aus der eigenthümlichen Natur der letzteren geflossen ist, auf die Ergänzungsklage anwenden.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Jan. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 342.

III.

Wenn Kinder oder Eltern auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt, und in Ansehung des Uebrigen ausdrücklich enterbt sind, ohne Angabe einer wahren Enterbungsursache, so streitet man, ob die act. suppl. angestellt werden könne.

Einige meinen, in diesem Falle könne, wegen dieser theilweisen Ausschließung, das Testament nach Nov. 115 angefochten werden, ebenso wie nach dem Rechte vor der Nov. in solchem Falle noch die querela inoff. test. statthaft gewesen sei. Denn da sogar die Hinterlassung des ganzen Pflichttheils neben der Enterbung ohne Angabe einer wahren Enterbungsursache die Anfechtung des Testaments nicht ausschließe, so könne es um so weniger die theilweise Hinterlassung.

Puchta, Pand. §. 493. Not. o.
Schunck's Jahrb. XIX. S. 260.

Andere meinen, jene Ansicht könne nicht gebilligt werden. Denn nicht nur sage die Nov. 115. c. 5 ausdrücklich, daß dem Notherben, was ihm weniger als sein Pflichttheil zugewendet worden, von dem Erben ergänzt werden, und das Testament giltig bleiben solle, wenn der eingesetzte Notherbe mit bestimmten Sachen sich zu begnügen angewiesen werde, sondern es könne ja auch, wenn derselbe eingesetzt sei, auf keinen Fall gesagt werden, daß die Erbeinsetzung nicht erfolgt sei, daß er präterirt oder exheredirt sei; dieses aber sei grade die Voraussetzung, unter welcher allein die Ungiltigkeit der Erbeinsetzung nach der Novelle eintreten solle.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 365. Not. 30.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 137.

IV.

Streitig ist, ob Justinian durch die L. 30 C. de inoff. test. die actio suppletoria bloß für die Fälle an die Stelle der querela inoff. test. gesetzt habe, wo sonst die Querel auch von Personen, denen Etwas, aber nicht der volle Pflichttheil hinterlassen war, erhoben werden konnte, oder ob er generell verordnet habe, daß kein Notherbe, dem Etwas hinterlassen worden, das ganze Testament mehr anfechten könne, so daß auch der suus heres und der emancipatus, dem ein Vermächtniß hinterlassen war, auf diese Klage beschränkt sei, und zwar ganz allgemein, sowohl der zum Erben Ernannte und der förmlich mit Hinterlassung eines Legats Exheredirte, wie auch der, welcher bloß ohne eingesetzt und exheredirt zu sein, mit einem Vermächtnisse bedacht war.

Einige meinen, nicht bloß für die Fälle, wo früher das Testament als inofficiosum angefochten werden konnte, habe Justinian nur die actio suppl. dem gegeben, welchem weniger als der Pflichttheil zugewandt war, und nicht bloß für diese Fälle habe er verordnet, „ut firmum sit testamentum“, sondern er habe dies für alle Fälle vorgeschrieben, wo nach älterem Rechte von Pflichttheilsberechtigten das Testament als inofficiosum „vel alio modo subvertendum“ angefochten werden konnte. Dieses zweimal ausgesprochene vel alio modo subvertendum sei nicht als überflüssiger Zusatz zu betrachten, sondern es folge daraus, daß Justinian auch die contra tabulas bonor. poss. und das Anfechten der Testamente als nichtig für die Fälle ausschließen wollte, wo den Kindern durch Vermächtnisse etwas hinterlassen war. Danach würde für das Recht des Codex die Nichtigkeit der Testamente wegen Präterition eines suus heres und die Statthaftigkeit der bonor. poss. contra tabb. für Emancipirte, nur dann zu behaupten sein, wenn sie gänzlich im Testamente übergangen waren, auch ohne daß ihnen ein Legat ausgesetzt war, gleichwie sie auch nur dann die Querel hatten, wenn sie exheredirt waren, ohne daß ein Vermächtniß ihnen gegeben war.

Boot, Lehre von der Enterbung §. 29.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 320 f.
Francke, Notherbenrecht S. 343.

Andere meinen, hätte Justinian der L. 30 cit. eine so weit umfassende Bedeutung beilegen wollen, so hätte er gesagt haben müssen: „auch die Präterition der Notherben soll dem Testamente nicht schaden, sobald nur denselben irgend Etwas auf eine Art zugewendet wird, daß die actio suppl. zuläßig erscheint.“ Dies habe er aber nicht sagen wollen, wie sich aus folgenden Gründen ergebe:

1. Schon der Umstand sei von Gewicht, daß die act. suppl. ausgeschlossen sein solle, wenn sich ergebe, daß der Erblasser einen gerechten Grund hatte, seine

Notherben von der Erbschaft auszuschließen. Dies aber habe mit dem durch bloße Präteeition begründeten förmlichen Notherbenrecht nichts zu thun; nur die Querel werde wegen gerechter Enterbungsursachen ausgeschlossen, und da dieser Unterschied zur Zeit des Erlasses der L. 30 cit. noch bestanden, so sei anzunehmen, daß die act. suppl. nur ein Surrogat der querela inoff. test., nicht auch der durch Verletzung des förmlichen Notherbenrechts begründeten Rechtsmittel sein sollte. Daß der Kaiser nur an das Pflichttheilsrecht und die darauf beruhende Querel gedacht habe, ergebe sich aus dem §. 2 der L. 30, worin von dem die Rede sei, was filiis aliisque personis, quae dudum in inoff. test. querelam vocabantur, in die Legitima einzurechnen sei. Besonders entscheidend sei der §. 1, wo das „nihil eis penitus reliquerint" sich nicht auf den ersten Satz „sin vel praeterierint aliquam eorum personam" beziehen könne, vielmehr sich folgender Sinn ergebe:

> wird ein Notherbe entweder präterirt, oder zwar enterbt u. s. w., ohne daß ihm jedoch vom Testator etwas zugewendet ist, so bleibt es unverändert beim alten Rechte.

Aus der Fassung der Stelle (der Erwähnung der Postumen und der Enterbung) ergebe sich ganz deutlich, daß Justinian hierbei nur an förmliches Notherbenrecht dachte; er wollte nur sagen:

> bei gänzlicher Präterition tritt Nullität oder contra tabb. bonor. poss. ein; ist dem Notherben nur nichts hinterlassen, so kann er wie früher zur querela inoff. test. seine Zuflucht nehmen.

Da er indessen vorher und auch in der folgenden Stelle (§. 2) von allen Pflichttheilsberechtigten spreche, so müsse man jene Aeußerung auch auf die Notherben im weiteren Sinne mit beziehen, und da würde dann die Anwendung so lauten:

> bloß pflichttheilsberechtigte Notherben aber haben in allen diesen Fällen ein Recht auf die Querel.

Dieses Resultat ergebe sich

2. aus den übrigen, das Ergänzungsrecht betreffenden Constitutionen des Kaisers. Mit keinem Worte werde in denselben darauf hingedeutet, daß die actio supplet. auch für die Fälle eingeführt sei, wenn das förmliche Notherbenrecht verletzt, den Notherben aber etwas hinterlassen sei. Durchweg sei hier nur vom Pflichttheilsrecht und der querela inoff. test., welche durch die Ergänzungsklage ausgeschlossen sein solle, die Rede. Vergl. L. 31. L. 32. L. 34. L. 35. §. 1 u. 2. L. 36 C. de inoff. test.

3. Eine Bestätigung erhalte diese Meinung durch L. 4 C. de lib. praeteritis 6, 28. Hier spreche der Kaiser eigends und sehr ausführlich vom förmlichen Notherbenrecht, dessen bisheriger Gestalt, und den von ihm für nöthig befundenen Aenderungen; allein mit keinem Worte werde darauf hingedeutet, daß die fehlende Einsetzung oder Enterbung des Notherben dem Testamente unnachtheilig sein solle, wenn demselben etwas hinterlassen worden, indem er alsdann nur auf Ergänzung des Pflichttheils klagen könne. Auch finde sich in diesem Gesetze eine Bestimmung, welche mit jener angeblichen Neuerung schlechterdings unvereinbar sei: die Enterbung inter ceteros solle auch für Kinder nicht weiter gelten, selbst alsdann nicht, wenn sie cum adjectione legati geschehe, vielmehr solle die nicht namentlich enterbte Tochter stets das Testament anfechten können. L. 4. §. 3 C. eod. Dies sei unmöglich, wenn die bloße Hinterlassung eines Legates einem präteeirten Notherben das Recht auf die s. g. Nullitätsklage und die bonor. poss. contra tabb. entzogen und ihn auf die Ergänzungsklage eingeschränkt hätte. — Die Worte „vel alio modo subvertendis" und „liceat his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant" in der L. 30 C. cit. könnten vielmehr auf die den Patronen gegen die Testamente ihrer Freigelassenen zustehende bonor. poss. bezogen werden.

Nach diesen Beweisführungen müßten die Dispositionen Justinian's in der L. 30 cit. so ausgedrückt werden: in allen Fällen, wo bisher das Pflichttheilsrecht durch die querela inoff. test. oder durch andere Rechtsmittel gegen das Testament verfolgt werden konnte, soll von nun an die Ergänzungsklage stattfinden, wenn der Testirer dem Notherben etwas zugewandt hat.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 103 bis 118.
Fuhr in Gießer Zeitschr. Bd. 7. Nr. 9.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 312.
Mayer, Erbrecht I. S. 258.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 103.
Vergl. Schunck's Jahrb. XIX. S. 252—256.

V.

Streitig ist, ob dem Notherben die Wahl zusteht, entweder auf Ergänzung des Pflichttheils anzutragen, oder die Querel anzustellen.

Einige bejahen dies.

v. Schleinitz, comment. de actione, qua ad legit. port. suppl. agitur p. 18.

Andere meinen, der Notherbe sei unbedingt auf die actio suppl. angewiesen.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 461.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 5.

Andere unterscheiden, ob der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingesetzt sei oder nicht; im letzteren Falle solle es beim alten Rechte geblieben sein, d. h. wenn die Enterbung nicht zu rechtfertigen gewesen, habe der Enterbte die Querel gehabt, und nur im ersten Falle eine Klage auf Ergänzung stattgefunden.

Chifletius, de portion. legit. c. 15.
Francke, das Recht der Notherben S. 328.

VI.

Streitig ist, ob mit der act. supplet. auch Zinsen und Früchte gefordert werden können.

Einige bejahen dies und wollen auch die Früchte des Pflichttheils vom Tode an mit zu Gelde anschlagen.

Gail, obs. II. 120. §. 14.

Andere meinen, von Früchten könne bei dem, was mit der actio suppl. gefordert wird, nie die Rede sein, denn diese gehe nur auf Ergänzung des zu wenig

hinterlassenen durch Geld. Daher könne nur gefragt werden, von welcher Zeit an der Pflichttheilsberechtigte Zinsen dieser geschuldeten Summe verlangen könne. Die Obligation des Erben zu dieser Summe beginne nun aber mit dem Moment, wo er Erbe werde, von dieser Zeit an sei er Schuldner; da aber gesetzliche Zinsen ihm nirgend auferlegt seien, so könnten sie auch nur durch mora begründet werden.

Francke, Notherbenrecht S. 338.

VII.

Streitig ist, ob die Verurtheilung des Verklagten eine Strafe nach sich ziehe.

Einige meinen, daß die actio suppl. möglicherweise auch auf Verfolgung einer Strafe gerichtet sei, insofern nämlich Justinian in einem späteren Gesetze, L. 33 pr. C. de inoff. test., bestimme, daß der eingesetzte Erbe, welcher sich weigere, dem Notherben den ihm gebührenden Theil auszuzahlen, und auch sogar einem ihn verurtheilenden Erkenntnisse nicht nachkomme, noch ein Drittheil mehr als dem Notherben hinterlassen sei, auszahlen solle.

de Schleinitz, diss. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur §. 11. p. 34 sq.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 92 u. 152.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 8.
Westphal, von Testam. S. 297.

Andere meinen, die L. 33 cit. spreche nur von dem Testamente eines Ascendenten, welcher einem oder einigen Descendenten den größten Theil seines Vermögens zuwendet, den anderen einen geringeren, jedoch wenigstens soviel, als die Legitima beträgt. Weigern jene die Auszahlung, selbst nachdem sie zu derselben schon richterlich verurtheilt worden, so sollen sie den Letzteren noch ein Drittheil mehr zahlen, als das ihnen Hinterlassene beträgt. — Abgesehen also davon, daß die Stelle nicht von Notherben überhaupt, sondern nur von Descendenten handle, welche mit Descendenten concurriren, so sei in ihr nicht entfernt von dem gesetzlichen Ergänzungsrecht und überhaupt nicht von der Ergänzung eines unvollständig hinterlassenen Pflichttheils, sondern von den Folgen des Ungehorsams gegen die ausdrücklichen Anordnungen des Testirers die Rede. Sie gehöre also in keiner Beziehung hierher.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 3. Obs. 20. S. 362.
Mühlenbruch, Pand. §. 680. Not. 10.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 27.

VIII.

Ueber die Frage, ob durch Annahme des hinterlassenen Theils von Seiten des Pflichttheilsberechtigten, ein Verzicht auf die actio ad suppl. leg. zu folgern sei (s. auch c. 1), handeln die nachstehenden Präjudizien.

Präjudiz 1.

Die Gesetze erklären die ohne Vorbehalt geschehene Annahme des hinterlassenen Theiles von Seite des Pflichttheilsberechtigten als unschädlich in Ansehung des Nachforderungsrechts, und wollen die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils nur dann ausgeschlossen wissen, wenn der Pflichttheilsberechtigte ausdrücklich und namentlich (specialiter) auf das Fehlende verzichtet hat.

C. 35. §. 2. de inoff. test. (3, 28).
Glossa et Brunnemannus ad h. leg.
Glück, Ert. der Pand. Bd. 36. S. 37.
Francke, das Recht der Notherben S. 337.

In der Erklärung des Anerkenntnisses des Testaments und des Verzichtes auf jedes Rechtsmittel dagegen ist ein die actio ad supplendam legitimam ausschließender Verzicht nicht gegeben, weil bei dieser Klage der Kläger gar kein Recht hat, das Testament anzufechten, und sie auch nicht als ein Rechtsmittel gegen das Testament angesehen werden kann.

Erk. des OAG. zu München vom 5. Januar 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 187.

Präjudiz 2.

Eine letztwillige, vermächtnißweise geschehene Zuwendung wurde nach mehr als zwanzig Jahren von den Erben eines mit jenem Vermächtniß mitbeschwerten Miterben wegen Pflichttheilsverletzung angefochten, nachdem der letztwillig angeordnete theilweise Rückfall des fraglichen Vermächtnisses an gedachten Miterben durch dessen Vorabsterben vereitelt war.

In Beurtheilung dieser Anfechtung äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Dieser Klaggrund ist verwerflich; denn Theobald Huntemann (der angeblich durch das Vermächtniß in seinem Pflichttheil Verletzte) hat dadurch, daß er als Miterbe bei der Erbtheilung zu der Uebertragung der gesammten legirten Gegenstände an Heinrich Huntemann mitgewirkt und denselben über zwanzig Jahre in deren Besitze gelassen hat, das Prälegat, sowie solches in dem väterlichen Testamente enthalten ist, mithin als ein legatum proprietatis, seinem ganzen Umfange nach anerkannt; seine Erben können also dasselbe nicht theilweise als nichtig anfechten, und der Umstand, daß der im Testamente verordnete Rückfall zum Besten des Theobald Huntemann nicht eingetreten ist, kann natürlich diese einmal geschehene Anerkennung nicht rückgängig machen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. Dec. 1836, in der Bremer Sache Dr. Droste als Testamentsexecutor von Theobald Huntemann w. Christina Huntemann.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 224.

IX.

Streitig ist, in welcher Zeit die actio suppletoria verjähre.

Einige meinen, dieselbe verjähre in fünf Jahren. Diese Ansicht stützt sich auf die letzten Worte der L. 34 C. de inoff. test.: „vel quinquennio tacuit." Justinian entscheide hier den Fall, wo der enterbte Sohn während der Zeit, als der ernannte Erbe sich wegen der Antretung der Erbschaft noch besann, sterbe, ohne wegen der Querel Vorbereitungen gemacht zu haben, und einen Enkel hinterlasse. Nach dem älteren Rechte rückte der Enkel nach seines Vaters Tode nicht in die Querel ein. Der Enkel hatte also keine Klage. Allein Justinian wolle, daß in diesem Falle der Enkel dieselben Rechte haben solle, welche der Sohn hatte. Er solle also mit voller Wirkung die Querel anstellen können, es wäre denn, daß dem Letzteren eine gewisse Summe wäre hinterlassen worden, die jedoch weniger als den Pflichttheil ausmache. In diesem Falle solle der Enkel, soweit dem Vater deshalb noch eine Klage zustand, bloß auf Ergänzung des Pflichttheils klagen können. Nun entstehe die Frage, ob die Worte in der L. 34 cit.: nisi pater adhuc superstes etc. — vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem, auf die Ergänzungsklage, oder auf die Querel sich beziehen. Daß sie sich auf die Ergänzungsklage beziehen, dafür spreche der ganze Zusammenhang der Stelle, denn unmittelbar vorher sei von der Ergänzungsklage die Rede. Sodann paßten die Ausnahmen gar nicht auf

die Querel, wenn man sie mit dem Falle vergleiche, der in dem Gesetze entschieden werde. Denn man könne sich der Klage doch nicht eher begeben, sie könne also auch nicht eher verjähren, als bis eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben war. Nun sei aber die Querel nicht eher nata, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten habe, L. 8. §. 10 de inoff. test. 5, 2. Und doch werde hier der Fall vorausgesetzt, wo der Enterbte während der Deliberationszeit, also ehe der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten habe, gestorben sei. Hierzu komme, daß, wenn man die letzten Worte „scilicet post aditam hereditatem" von der Querel verstehen wollte, Justinian hier etwas verordnet hätte, was er in der ein Jahr später erfolgten L. 36 C. eod. vom Jahr 531 **zuerst** verordnet hatte, nämlich daß diese Klage gegen den ernannten Erben nicht eher angestellt werden könne, als bis dieser die Erbschaft angetreten habe. — Daß übrigens die Benennung querela auch von der actio suppletoria gebraucht werde, sei zweifellos, L. 35. § 2 eod.

Huber, prael. ad P. 5 2. §. 20.
Voorda in interpret. et emendat. jur. R. lib. 3. c. 7.
Doro, singular. querelae test. inoff. capita §. 20.
Cujacius in Consultat. cons. 60.
Merenda, controv. jur. lib. 23. c. 39. §. 13 et 14.
Noodt, Comm. in Dig. tit. de inoff. test. p. 140.
Bartolus ad L. 34 C. de inoff. test.

Andere meinen, die Klage verjähre in 30 Jahren. Die L. 34 cit. werde von den Gegnern unrichtig verstanden; das quinquennio tacuit könne gar nicht auf die actio suppl. bezogen werden. Justinian lasse hier die Querel des verstorbenen Sohnes auf den Enkel übergehen, so daß dieser aus dem Rechte des Sohnes, seines Vaters, klage. Nun schiebe er den Satz ein, es dürfe dem Sohne nichts hinterlassen sein, sonst könne auch der Enkel nur die Ergänzung fordern. Den Uebergang dieser Klage stelle er aber als sich von selbst verstehend dar, so daß es schon deshalb unmöglich sei, das Folgende — ut perfruatur nostro beneficio a vetustate neglectus — auf die actio suppletoria zu beziehen. Wie hätte auch Justinian, der selbst erst diese Klage eingeführt habe, in Beziehung auf dieselbe sagen können: nepos a v e t u s t a t e neglectus? Dieses habe er nur in Beziehung auf die Querel anführen können, da er schon im Anfang des Gesetzes erklärt hatte, daß die Querel in diesem Falle dem Enkel nicht zustehe. Die Schlußworte von „ut perfruatur" an könnten nur von der erst durch Justinian in diesem Falle dem Enkel gestatteten Querel verstanden werden, und der ganze Satz von „nisi certa quantitas" bis „competebat" sei als eine, der vollständigen Erörterung wegen, eingeschobene Parenthese zu betrachten. Auch spreche für die 30jährige Verjährung der Gerichtsgebrauch.

Schilter, praxis jur. R. exerc. 14. §. 29.
Faber, Codex defin. for. lib. 3. tit. 19. defin. 7.
Struben, rechtl. Bedenken Th. 4. Nr. 96.
Höpfner, Instit. §. 1187.
Schmidt, Lehrb. von Klagen §. 553.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 147.
Thibaut, Besitz und Verjährung S. 130.
Thibaut, System §. 815.
Schweppe, röm. P.-R. §. 965.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 495.
de Schleinitz, comment. de actione, qua ad legit. portionem supplendam agitur §. 13 et 34.
Francke, Notherbenrecht S. 335.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 34 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 140.

Actio suppletoria, s. actio ad supplendam legit., desgl. querela inoff. donationis c. 15.

Actuarien, s. öffentliches Testament c. 7.

Ademtio legati, s. Codicill c. 24, desgl. Vermächtnisse B.

Adlige auf dem Lande, ob sie ein testamentum ruri conditum errichten können, s. test. ruri condit. c. 2.

Adoption, deren Einfluß auf Suität, s. suus heres c. 5.

Adoptivgeschwister, deren Erbfolge, s. Intestaterbfolge, dritte Klasse c. 2.

Adoptivkinder, deren Erbrecht, s. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 14 u. 15.

— — deren Notherbenrecht, s. Notherbenrecht B. c. 4 u. 6.

— — ob für sie ein test. parentum inter libb. errichtet werden darf, s. testam. parent. int. libb. c. 4.

— — ob ein Transmissionsrecht bei ihnen eintrete, s. Transmissionsfälle B. c. 14.

— — ob sie zur Succession in Familienfideicommisse gelangen, s. Familienfideicommisse c. 2.

Adoptivvater, dessen Erbrecht, s. Intestaterbfolge, zweite Klasse c. 1.

— — dessen Pflichttheilsrecht am Vermögen des adoptatus, s. Notherbenrecht B. c. 5.

Adulterini, deren Erbunfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, relative c. 5.

— — deren Erbrecht, s. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 4 u. 7.

Adventitien, letztwillige Disposition darüber, s. testamenti factio activa c. 13, desgl. testamentum ad pias causas c. 5.

Alimente, deren Rückerstattung im Falle einer bonor. possessio, s. missio ventris nomine c. 2.

Anerkennung der durch Zwang ungiltigen Testamente, s. Betrug c. 5.

— — eines ungiltigen Testaments Seitens des Soldaten, s. testamentum militare c. 7.

Annua legata, ob dabei die cautio legatorum serv. stattfinde? s. cautio legator. serv. c. 5.

Antretung der Erbschaft, s. Erwerb des Erbrechts.

— — wie solche beschaffen sein müsse, s. Erwerb des Erbrechts c. 3. Präj. 2.

— — wann dieselbe erfolgen müsse? s. Erwerb des Erbrechts c. 12. 13. 14.

— — unter Bedingungen, s. Erwerb des Erbrechts c. 10.

Anwachsungsrecht.

Duaren, de jure accrescendi libri II, in Opp. p. 1075.
Gentilis, de jure accrescendi, in Opp. I. p. 175.
Rossberger, jus accrescendi ex font. jur. R. (1827).

Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben (1829).
Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testam. und gesetzl. Erbrecht und bei Legaten und Fideicommiss. (1835).
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 270.
K. A. Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und caducarische Best. der Lex Jul. et Papia (1837).
v. Vangerow, Pand. §. 494 f.
Huschke in Richter's Jahrb. 1838. IV. S. 307.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 243 f.

I.

Streitig ist, ob das eigentliche jus accresc. auf solche Fälle beschränkt zu denken sei, wo bereits Delation eingetreten ist, oder ob es auch auf solche auszudehnen sei, wo einzelne Portionen schon vor der Delation vacant werden.

Einige meinen, in dem letzteren Falle, also z. B. wo durch Ableben eines von mehrern Testaments- oder Intestaterben, vor dem Erblasser, die Portion vacant wird, oder wenn Einer von mehrern institutis schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr lebte, oder wenn ein miteingesetzter postumus nicht zur Welt kommt, — in allen diesen Fällen sei kein eigentliches jus accrescendi vorhanden, wenn auch gleiche Wirkungen vorkämen.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 271.
Schneider, das altcivile und justinianische Anw.-R. S. 42 f.
v. Vangerow, Pand. §. 494.

Andere meinen, daß auch diese von den Gegnern angegebenen Ausnahmsfälle unter den Begriff des Anwachsungsrechts fielen. L. un. §. 4 C. de cad. toll. L. 31 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. Vergl. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2 D. de leg. I. L. 5. §. 1. L. 6. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34, 5.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 247.
Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 1.

Vergl.

Mayer, Recht der Anwachs. S. 129—139. 162—165.

Präjudiz 1.

Unter Bezugnahme auf fr. 38 de acquir. vel omitt. hered. (29, 2). fr. 16. §. 1 und fr. 122. §. 2 de legat. I. fr. 61 de legat. II. vgl. mit fr. 74 de legat. I. C. 4 ad SC. Treb. (6, 49) und C. un. §. 2, 4, 9, 10, 11 de caduc. toll. (6, 51) — wurde in einem Erk. des Obertribunals zu Stuttgart angenommen: Der Miterbe, welchem eine offen gewordene Erbportion kraft des Anwachsungsrechtes zufällt, hat auch, insofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erhellt, alle darauf gelegten Lasten, namentlich die eines Universal-Fideicommisses, jedoch nach Abzug der Trebellianischen Quart, zu übernehmen. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere auch dann ein, wenn der im Testamente genannte Fiduciar vor dem Erblasser gestorben ist, mithin den Anfall der Fiduciar-Erbschaft nicht erlebt hat.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 266.

II.

Streitig ist, ob derjenige, welchem accresciren soll, seine Portion schon erworben haben müsse.

Die Meisten verneinen dies; derjenige, welchem accresciren solle, könne sich vielmehr gleichzeitig darüber und über den Mitanfall der accrescirten Portion erklären.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 272.
Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6. S. 279 f.
Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 1.

Andere bejahen die Frage.

Gans, Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickel. II. S. 424.

III.

Streitig ist, ob die Vertheilung der Erbschaft in Folge der Anwachsung nach dem Zeitpunkte der Delation zu normiren sei, oder nach dem Zeitpunkte, wo es feststeht, welche Personen wirklich die Erbschaft erhalten*).

Einige meinen, die Theilungsart sei stets nach dem Zeitpunkte der Delation zu bestimmen. Da nämlich unsere Quellen hierüber nichts entschieden, so sei man auf allgemeine Grundsätze und Analogien verwiesen. — Durch die Delation der Erbschaft an Mehrere sei von vorn herein bestimmt, was und wie viel ein Jeder erben könne. Wer durch Testament oder Gesetz zu einem bestimmten Theile berufen sei, habe ein Recht, diesen Theil sofort zu erwerben — ein Recht, welches durch das jus accrescendi zwar erweitert, nicht aber beschränkt werden könne. Es würde ja auch widrigenfalls eine Ungewißheit über den zu vererbenden Theil entstehen, welche allen Erwerb unmöglich machte, bis es sich vollständig entschieden hätte, wie viele der Berufenen wirklich zur Erbschaft gelangen; mit andern Worten: so lange noch das Wegfallen eines Miterben möglich sei, würde Niemand seinen Theil erwerben können. Dies widerspreche aber den anerkanntesten Grundsätzen über das Recht des Erbschaftserwerbes, wonach jeder Miterbe, unabhängig von den Andern, seinen Theil erwerben könne. Unjuristisch sei auch die Annahme, daß der Erwerb eines deferirten Erbtheils nur als provisorium gelte; denn eine nur provisorische Erklärung über den Erbschaftserwerb sei überhaupt unzulässig. Zwar könne sich in einem Falle (L. 4 D. si pars heredit. pet. 5, 4) ein erworbener Erbtheil hinterher noch vermindern, wenn nämlich für einen zu erwartenden postumus einstweilen drei Theile zurückgelegt werden, und mehr als drei Postumen erscheinen. Allein aus einer singulären Rechtsbestimmung wie diese, lasse sich keine allgemeine Regel abstrahiren, am wenigsten für solche Fälle, in welchen es bei der Delation völlig feststehe, wer zur Delation berufen sei.

Glück, opuscul. jurid. Fasc. IV. p. 151.
Glück, Intestaterbf. §. 186.
Baumeister, Anwachsungsrecht S. 38 u. 57.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 in s. Erörterungen II. S. 230 f.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 632. Nr. 5.

*) Angenommen, zur Zeit der Delation concurrire ein Bruder des Erblassers, ein väterliches Großelternpaar und eine mütterliche Großmutter. Schlägt der Bruder aus, so würde, wenn nur auf die gegenwärtige Concurrenz und nicht auf die zur Zeit der Delation stattgefundene gesehen wird, die Linealerbfolge eintreten, mithin auf die mütterliche Großmutter 1/2 des ganzen Nachlasses fallen; im entgegengesetzten Falle erhält dieselbe nur 1/3. — Ferner: hinterläßt der Erblasser einen Bruder, von einem verstorbenen Bruder einen Neffen, und von einem andern sechs Neffen, so würde beim Wegfall des Bruders, sofern die Zeit der Delation über die Theilungsart entscheidet, der Nachlaß in zwei Hälften zerfallen, sonst in 7 Theile, wovon jeder der Neffen 1/7 erhält.

Puchta, Pand. §. 455.
v. Vangerow, Pand. §. 421.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 292 f.

Andere meinen, die Vertheilungsart sei nach dem Zeitpunkte zu normiren, wo es feststehe, welche Personen die Erbschaft wirklich erhalten. Man beruft sich auf die cit. L. 4 D. si pars hered. pet. 5, 4, sowie auf folgende Gründe: a) eine Grundregel der Anwachsung sei, daß das Hinweggefallene als gar nicht vorhanden zu betrachten sei; hieraus folge, daß gerade so getheilet werden müsse, als wäre schon ohne den hinweggefallenen Theil deferirt worden; b) auf die Analogie der L. 2. §. 18 D. ad SC. Tertull., wodurch auch der Vorzug der graduum successio vor dem Anwachsungsrechte bewiesen werde; c) auf ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian in L. 2 C. ad SC. Orphit. 6, 57, wo angegeben sei, nach welchem Zeitpunkte sich der Maaßstab der Erbvertheilung bestimme.

Seuffert, Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts S. 18 u. 19.
Meyer, das Recht der Anwachs. S. 251—265.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 278.
Roßhirt, Einl. in das Erbrecht S. 359 f.
Roßhirt, Zeitschr. Bd. 1. S. 382 f.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 436.

Siehe hiergegen die Ausführungen von
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 296 f.
Büchel, Erört. II. S. 237.

IV.

Streitig ist, ob der Grundsatz: „Ist der Antheil eines Miterben auf ein gewisses Maximum beschränkt, so kann ihm, wenn er das Maximum bereits erreicht hat, das Anwachsungsrecht keinen weiteren Zuwachs verschaffen", auf die Intestaterbfolge beschränkt sei.

Dies bejahen, wegen Nov. 115. cap. 5 und Nov. 117. cap. 5:

Seuffert, Pand. §. 593. Not. 13.
Mackeldey, Lehrb. §. 698.
Hartitzsch, Erbrecht §. 197.
Günther, principia §. 840.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 788.
Glück, Intestaterbf. §. 45.
Baumeister, das Anwachsungsrecht S. 41.

Andere meinen, jener Grundsatz müsse auch als Regel für das Anwachsungsrecht unter testamentarischen Erben gelten. Auch ließen sich für denselben drei Anwendungsfälle aufzählen, nämlich: 1) die Berücksichtigung des zweiten Ehegatten, 2) die Berücksichtigung der Concubine und deren Kinder, 3) die Berücksichtigung des zweiten Ehegatten, wenn die Frau durch Eingehung der folgenden Ehe das Trauerjahr verletzt habe. L. 8 D. de sec. nupt. 8, 9. L. 55. §. 1 D. de leg. II. L. 1 C. de sec. nupt. 5, 9. Nov. 39. c. 2. §. 1. Nov. 89. c. 12. §. 2.

v. Buchholtz, civ. Abhandl. S. 149 f.

V.

Bei dem Verkaufe einer Erbschaft ist streitig, ob die ausfallende Portion dem Käufer accrescirt.

Einige meinen, daß mit dem Verkaufe einer Erbschaft auch das erbschaftliche Anwachsungsrecht auf den Käufer übergehe, weil er an die Stelle des Erben trete, L. 2 pr. §. 9 und 18 D. de hered. vel act. vend. 18, 4. L. 33. §. 1 D. de usufr., die Anwachsung aber sich nicht vom Erbrecht trennen lasse.

Fr. Duarenus, de jure accresc. lib. II. cap. 6. Opp. p. 1090.
Schilter, praxis jur. R. ex. 30. §. 68.
Mencken, diss. de jure accresc. vend. hered. ad empt. pert.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 1. Nr. 8. S. 49.

Andere meinen, daß der Käufer auf das Product des Anwachsungsrechts keinen Anspruch machen könne; die Frage sei zunächst immer eine quaestio facti, welche nach allgemeinen Grundsätzen, welche bei Auslegung von Verträgen gelten, zu beurtheilen sei, L. 34 D. de reg. jur., und sei daher im Zweifel das, woran zur Zeit des Verkaufs nicht gedacht wurde, auch nicht in diesem begriffen zu erachten. L. 2. §. 1 D. de hered. vel act. vend. 18, 4. Nur dem Erben könne accresciren, nicht dem Käufer der Erbschaft, welcher durch den Kauf der Erbschaft doch nimmermehr Erbe werde, sondern nur die Vortheile der Erbschaft erlange. Jus et nomen heredis sei unveräußerlich, und nur diesem folge die vacant werdende Portion.

Cujacius, observ. lib. 12. cap. 13.
Faber, de error. Pragm. dec. 50. err. 5.
Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. cap. 55.
Huber, praelect. ad P. 18. 4. §. 5.
Walch, introd. in contr. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 4. subs. 1. §. 7.
Malblanc, princ. jur. R. §. 544.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1941.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 514.
Schweppe, röm. P.-R. §. 867.
Baumeister, vom Anwachsungsrecht S. 121.
Glück, Pand. Bd. 16. S. 341 und die Note 12. S. 343 Allegirten.

Andere unterscheiden, ob das Erbrecht selbst oder blos die Erbschaft, als Inbegriff von Sachen, verkauft sei. Im ersten Falle gehe das jus accrescendi mit dem cedirten Erbrechte auf den Käufer über; es lasse sich aber dieser Fall nur denken, wenn der Verkäufer selbst die Erbschaft noch nicht angetreten hatte. Im letztern Falle könne der Käufer auf das Product des jus accrescendi keinen Anspruch machen.

Beseke, de alienatione hereditatis cap. 7. §. 93 sq cap. 10. §. 137 sq.

Andere unterscheiden, ob der Erbe die Erbschaft verkauft habe, nachdem er sie zwar angetreten, aber noch nicht Besitz davon ergriffen hatte, — alsdann sei die Erbschaft auch mit dem jus accrescendi verkauft, — oder ob er sie erst nachher verkauft habe, nachdem er den Besitz der erbschaftlichen Sachen erlangt habe. Im letztern Falle gehe das jus accrescendi nicht auf den Käufer über; denn hier habe die Erbschaft schon vor dem Verkaufe aufgehört, eine solche zu sein und wäre eigenes Vermögen des Erben geworden. Vgl. L. 4. L. 5. L. 9 u. 10 D. de hered. pet. L. 18 D. ad leg. Falcid. L. 33. §. 1 D. de usufr. L. 83 D. de acquir. vel omitt. hered. mit L. 18. §. 1 D. ad SC. Trebell.

M. Lyklama a Nieholt, membranar. Vol. II. lib. 6. Eclog. 9.

Andere meinen hiergegen, der Grundsatz: semel heres semper heres sei festzuhalten, welchem gemäß auch

L. 4. §. 3 D. 29, 4 sage: si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur, cfr. §. 3 Inst. 2, 23, weshalb nur dem Erben die Portion anwachsen könne; der Käufer sei aber befugt, actione emti deren Herausgabe zu fordern. Hiernächst entscheide die L. 2. §. 1 —4 D. 18, 4. Der §. 1 beschäftige sich zwar nur mit der Frage, ob im Verkaufe einer Erbschaft das, worin sie zur Zeit des Todes oder worin sie zur Zeit des Verkaufes bestanden hat, als in der Intention der Contrahenten gelegen anzusehen sei. Entscheidender aber sei der §. 3 und 4, wo dem Käufer einer Erbschaft nicht nur das, was der Verkäufer zur Zeit des Verkaufes schon besessen, sondern auch, was er aus der Erbschaft noch zu erlangen hätte, zuerkannt werde. Diese Meinung finde auch in L. 83 D. 29, 2 u. L. 43 D. 36, 1 ihre Bestätigung.

> Noodt, Comm. ad D. 18. 4. in Opp. T. II. p. 405 sq.
> Voet, Comm. ad P. 18. 4. §. 3.
> Cocceji, jur. civ. contr. 18. 4. qu. 8.
> Westphal, de jure accresc. int. cohered. cap. 1. §. 5. N. 5. p. 16.
> Westphal, Lehre vom Kauf rc. §. 851.
> Klüpfel, im civ. Archiv Bd. 3. S. 140.
> Thibaut, System §. 995.
> Mühlenbruch, Lehrb. §. 710. Not. 5.
> Hubo, diss. de jure accresc. hered. vend.
> Cucumus, de jure accresc. cui competat post hered. vend.
> Mayer, das Recht der Anwachsung.
> v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 329 f.

Vgl. hiergegen

> Glück, Pand. Bd. 16. S. 341 f.

mit

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 348.

VI.

Wenn ein Universalfideicommiß angeordnet ist, und ein Miterbe des Fiduciars hinwegfällt, so streitet man, wem die anwachsende Portion zu Gute komme?

Einige meinen, die anwachsende Portion verbleibe bei dem Fiduciar (wenn nicht der anderweite Wille des Testators in dem concreten Falle erwiesen werde), L. 83 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. L. 43 D. ad SC. Trebell. 36, 1. Aus diesen Stellen folge per argumentum e contrario, daß in der Regel der Fiduciar den anwachsenden Theil behalten dürfe. Denn es werde durch diese Stellen ausgeführt, der anwachsende Theil bleibe nicht bei dem Erben, wenn er das Recht daraus durch eine unrechtmäßige Handlungsweise verwirkt habe. Vgl. auch §. 3 Inst. de fideic. hered.

> A. Faber, de error. Pragm. dec. 50. err. 4.
> Huber, prael. ad P. 29. 2. §. 7.
> Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. c. 55.
> Westphal, von Vermächtnissen Th. 2. §. 1732.
> Glück, Pand. Bd. 16. S. 359 und die Not. 47 Aufgeführten.
> Baumeister, Anwachsungsrecht S. 121.
> Schweppe, röm. P.-R. §. 934. Not. c.
> Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 541.
> Puchta, Pand. §. 547.
> Mühlenbruch, Lehrb. §. 763. Not. 22.

Andere meinen das Gegentheil. Denn auf L. 83 cit. u. L. 43 cit. könne man sich nicht berufen, weil die Entscheidungen derselben, nämlich: daß im Falle eines fideicommissum tacitum dem Fiduciar kein Anwachsungsrecht zustehe (L. 83 cit.), und daß im Falle erzwungener Restitution dem Fideicommissar die anwachsende Portion zu Gute komme (L. 43 cit.), von der vorliegenden Streitfrage ganz unabhängig seien. Wenn die Frage nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden solle, so spreche das Meiste für die Ansicht, daß allerdings dem Fideicommissar ein Anspruch auf die anwachsende Portion zustehe, wenn nicht in einem concreten Falle ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden könne. Das eigentliche Object des Universalfideicommisses sei ja die dem Fiduciar zufallende hereditas oder eine Quote derselben, und dazu gehöre doch als integrirender Theil die anwachsende Portion, denn diese sei ja nicht als etwas zu der ursprünglichen Portion bloß äußerlich Hinzutretendes, als etwas davon Verschiedenes, aufzufassen, sondern Beides sei von Grund aus identisch, und auf Beides gleichwohl erstrecke sich die erste Delation. Ob der Anwachsungsfall vor oder nach der Restitution eintrete, auf welche Unterscheidung wohl Gewicht gelegt werde, sei gleichgiltig; in der Person des Fideicommissars könne unmittelbar niemals Anwachsung stattfinden. Freilich werde auch dieses wohl behauptet, indem man sich auf die mißverstandene Regel stütze: portio portioni accrescit; aber es sei bewiesen, daß die anwachsende Portion zunächst ganz so, wie die ursprüngliche, an den Fiduciar komme und nur dieselbe Restitutionsverbindlichkeit, die in Betreff der ursprünglichen Portion eintritt, auch bei der anwachsenden Platz greife.

> Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 335 f.
> Thibaut, System §. 995.
> Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 172.
> v. Vangerow, Pand. §. 494.
> Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 16.
> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 354 f.

Präjudiz 1.

... Um die den Klägern abfällige Absicht der H. zur Geltung zu bringen, bedarf es nicht einer Auslegung des Testamentes gegen dessen Wortlaut, sondern man gelangt dahin, wenn man die Erbeinsetzung der Gebrüder St. als eine fideicommissarische betrachtet. Denn dem Anspruche der Kläger steht, wie der Beklagte und die Mitbeklagten nicht unrichtig einwenden, das entgegen, daß das Recht Ch. G. St.'s, dafern es nicht als ein directes und auf dessen Erben transmittirtes, sondern als fideicommissarisches, von einer bei dem Leben des Fiduciars nicht eingetretenen Bedingung abhängiges anzusehen wäre, gleichwohl nicht erloschen sein, sondern vermöge des jus accrescendi, oder hier eigentlich des jus non decrescendi, der gesammte Nachlaß der H., so viel nämlich davon bei dem Ableben des Mannes noch übrig, den Miterben, welche des letzteren Tod erlebt haben, zukommen würde.

Die erste Instanz hält diese Einwendung des Beklagten und der Mitbeklagten durch das Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 widerlegt, beachtet jedoch dabei nicht die Bestimmung in den §§. 137 und 138 dieses Mandats, nach welcher dasselbe in Fällen, wo der Erblasser vor dem 1. September 1829 verstorben ist, keine Gesetzeskraft hat, hier aber die H., über deren Nachlaß gestritten wird, im Jahre 1825 verstorben ist.

Dies hat zwar die zweite Instanz nicht übersehen, indem sie zu Begründung ihrer Ansicht, daß im vorliegenden Falle von einem jus accrescendi nicht die Rede sein könne, auf eine nach dem älteren Rechte ertheilte, im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1849 S. 7 f. abgedruckte Entscheidung hinweist.

Aber eben aus der Bezugnahme auf beregte Entscheidung, welche ein von Collegataren behauptetes jus accrescendi

betraf, und aus dem, was in den vorigen Gründen bemerkt wird, scheint man in einer andern Hinsicht von einer Meinung ausgegangen zu sein, welche die jetzige Instanz zu theilen nicht vermag. Das Fideicommiß nämlich, welches die H. ihrem Ehemanne im Testamente auferlegt hat, gehört nicht zu derjenigen Art von Fideicommissen, den Singularfideicommissen, welche durchaus so, wie bloße Vermächtnisse zu betrachten und nach den darüber bestehenden Vorschriften zu beurtheilen sind (L. 1. 2 C. commun. de leg. §. 7 Inst. de fideic. hered. Mühlenbruch, Lehrb. der Pand. §. 727. Not. 9).

Der Satz, daß zwischen bloß verbis verbundenen Collegataren ein jus accrescendi nicht stattfinde und daß auch diejenigen Legatare, welchen zusammen, doch mit dem Beisatze „zu gleichen Theilen" eine bestimmte Sache oder Summe beschieden worden ist, als bloß verbis conjuncti anzusehen seien, ist zwar von dem OAG. als ein gemeinrechtlich begründeter und durch den Gerichtsbrauch in Sachsen vor dem Jahre 1829 nicht abgeänderter anerkannt worden (s. die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1819 S. 7 f. abgedruckte Entscheidung vom 12. September 1848 in Sachen des v. Egidy gegen die verw. v. Egidy u. Cons.). Keineswegs jedoch waren nach gemeinem Rechte die Miterben dadurch, daß der Testator sie bloß verbis verbunden hatte, von dem Anspruche auf das jus accrescendi oder non decrescendi ausgeschlossen. Nur bei der Frage über die Art und Weise, wie accrescire, über das Verhältniß der mehreren Erben unter sich, war ein Unterschied darauf zu setzen, ob die Miterben re, oder re und verbis, oder bloß verbis verbunden wurden (L. 63 D. de hered. inst. L. 66 eod. L. un. §. 7 C. de caducis tollendis. Witte in Weiske's Rechtslexikon Bd. 1. S. 272 f. 295 f. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. Bd. 43. S. 231 f. 304 f.).

Zu einem nähern Eingehen auf diese Frage liegt aber hier, wo nicht die Miterben unter sich streiten, sondern Intestaterben des Fiduciars gegen einen Testamentserben und die Descendenten des Anderen klagen, kein Anlaß vor. Man könnte sogar zugeben, daß der nach der gewöhnlichen Meinung, dem Anwachsungsrechte bei den Miterben unterliegende Grund, die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, oder, nach Anderen (s. Witte a. a. O. und Mühlenbruch a. a. O.) die Annahme einer Einheit und Untheilbarkeit des subjectiven Willens des Testators, da nicht eintrete, wo Einer der mehreren Fideicommißerben die Bedingung des Anfalles nicht erlebt, und bloß darüber, ob solchen Falls das Fideicommiß vermöge des jus accrescendi ungeschmälert, oder ob der Antheil des verstorbenen Fideicommissars als erloschen anzusehen sei und demnach dem Fiduciar verbleibe, nicht aber darüber, ob neben dem Testamentserben auch Intestaterben des Testators Successionsberechtigung in Anspruch nehmen können, Frage entsteht. Es würde daraus nicht folgen, daß, wenn von zwei zu gleichen Theilen eingesetzten Fideicommissaren der Eine die auf den Tod des Fiduciars gestellte Bedingung nicht erlebte, von einem jus accrescendi nicht die Rede sein könne. Bei den Singularsuccessionen beruht das jus accrescendi auf dem vermutheten Willen des Erblassers. Man nimmt an, der Testator habe, indem er mehreren Personen eine Sache oder Summe ausgesetzt, dadurch seinen Willen kund gegeben, daß der Erbe, dem er das Vermächtniß auflegte, von dessen Objecte nichts erhalten, daß dasselbe vielmehr, wenn auch Einer der Honorirten wegfiele, doch den Uebrigen ungeschmälert verbleiben solle. Den entgegengesetzten Willen vermuthet man, wenn der Testator Theile bestimmt hat; man präsumirt, er habe jedem Legatar bloß den ihm bestimmten Theil, nie mehr, zugewendet wissen wollen und den etwa ausfallenden Theil dem Onerirten gegönnt. Dies zeigt sich aus zahlreichen Stellen des römischen Rechtes, z. B. L. 15 pr. D. de hered. inst., conjunctos eos videri institutos, L. 66 eod. conjunxisse — videtur, L. 89 D. de leg. III. L. 142 D. de verb. sign., conjuncti sidentur.

Auch das Erbfolge-Mandat vom 31 Januar 1829 geht, wie dies in dessen Bestimmungen §. 2—7 und in dem Berichte zum berathenen Entwurfe (s. Kriegel, spec. comment. perp. ad legem success. Saxon. Lips. 1831. p. 63) Bestätigung findet, davon aus, daß das Anwachsungsrecht bei den Legataren nach gemeinem Rechte lediglich auf dem vermutheten Willen des Testators beruhe und daß dieses Princip nicht nur beizubehalten, sondern auch hinsichtlich der Erben, in Folge der Aufhebung des Satzes: nemo pro parte etc., zur Geltung zu bringen sei. Aus der Ausdrucksweise, wie der Testator die Honorirten verband, soll eine gesetzliche Präsumtion für dessen auf den Eintritt oder Nichteintritt des jus accrescendi gerichtete Absicht entstehen, welche jedoch da wegfällt, wo erwiesen wird, daß der Testator wirklich eine andere Absicht gehabt habe, als die den von ihm gebrauchten Worten nach gesetzlich zu präsumirende.

Daß nun hier, obwohl die H. der Berufung ihrer beiden Söhne zu dem Fideicommisse die Worte hinzugefügt: „zu gleichen Theilen", ganz offenbar die Absicht der H. nicht dahin gegangen sei, diesen Beisatz in dem Sinne hinzuzufügen, welcher ihm nach der gesetzlichen Präsumtion beizulegen sein würde, ist schon oben dargelegt worden. Wiederholt ist nur noch darauf zu verweisen, daß sie ihrem Ehemanne speciell und ausdrücklich jede anderweite Disposition, außer dem willkürlichen Gebrauche, verbot, daß sie ihm auflegte, Alles, was bei seinem Tode übrig, an ihre Söhne zu überlassen, und daß sie ihren Willen, es solle ihr Ehemann auch durch einen bei den Fideicommissaren eintretenden Todesfall von ihrem Nachlasse irgend etwas, was dem Fideicommisse nicht unterworfen wäre, nicht erhalten, durch die noch besonders für den Fall, wenn ihr Enkel, K., vor dem 25. Altersjahre mit Tode abginge, ertheilte Verfügung kund gab.

Könnte hierüber noch ein Zweifel erregt werden, so müßte er schwinden, wenn man erwägt, daß der Ehemann der H. in dem mit ihr gemeinschaftlich errichteten Testamente für den Fall, wenn die von ihm als Universalerbin eingesetzte Ehefrau vor ihm verstürbe, deren Descendenten ihr direct substituirt hatte, und daß sonach, wenn schon bei der Substitution der beiden Söhne der H. zu dem gesammten Nachlasse, mit Ausnahme der an ihren Enkel, K., zu entrichtenden 100 Thaler, ebenfalls die Worte „zu gleichen Theilen" beigefügt waren, mit Rücksicht auf die vor dem Mandate vom 31. Januar 1829 giltigen Rechtsvorschriften von der H. angenommen werden mußte, es werde auch durch den bei Lebzeiten ihres Ehemannes etwa eintretenden Tod Eines ihrer Söhne an der Verbindlichkeit ihres Ehemannes und der Intestaterben desselben, ihren gesammten Nachlaß an ihre Descendenten zu restituiren, nichts geändert.

Das Testament H.'s ist zwar in so weit, als darin die Ehefrau zur Erbin eingesetzt wird, durch deren Tod bei Lebzeiten des Testators destituirt, nicht aber in so weit, als darin die Descendenten der H. als Substituten berufen werden. Die bedingte Einsetzung der letzteren ist durch den Eintritt der Bedingung, das Ableben der H.'schen Ehefrau, eine unbedingte geworden, und zwischen den Erben fand, wie bereits erwähnt, nach dem Rechte vor 1829, welches der Testator bei der Errichtung seines letzten Willens im Jahre 1814 doch ganz gewiß allein beachten mußte, das Anwachsungsrecht auch dann statt, wenn die mehreren Erben bloß verbis conjuncti waren. H. hat das von ihm errichtete Testament nicht zurückgenommen und nicht abgeändert. Es würde sogar, wenn es geschehen wäre, dies gegen den Beklagten und die Mitbeklagten keinen Erfolg haben, da, wie das OAG., in Uebereinstimmung mit dem vormaligen AG. wiederholt anerkannt hat (s. Gottschalk, discept. for. T. III. cap. 1. p. 16. ed. 2. das im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1844 S. 139 f. abgedruckte Erkenntniß in Sachen Weinhold gegen Bauer), derartige Correspectiv-Testamente der Eheleute, zumal wenn Seiten des überlebenden Theiles der Antritt der Erbschaft in Gemäßheit der Verfügung des Vorverstorbenen hinzukommt, für eben so unwiderruflich zu halten sind, wie die wirklichen Erbverträge des deutschen Rechts.

Nur vielleicht darüber könnte ein Zweifel erhoben werden, ob die eigentliche Absicht der H. nicht vielmehr dahin, daß, dafern bei Lebzeiten ihres Ehemannes Einer ihrer beiden Söhne verstürbe, dessen Recht auf seine Descendenten transmittirt werden solle, als dahin gegangen sei, das Anwachsungsrecht eintreten zu lassen. Ist in diesem Sinne vom Gerichte und von den Abkömmlingen der H. deren letzter Wille bei der Verhandlung am 1. September 1852 aufgefaßt und von dem Beklagten der Nachlaß nicht auf Grund des Anwachsungsrechtes für sich allein in Anspruch genommen worden, sondern den

Abkömmlingen seines im Jahre 1842 verstorbenen Bruders (den Mitbeklagten) ein durch Transmission erlangtes Miterbrecht zugestanden worden, so ist dies den Klägern gegenüber ein inter alios actum, wodurch die Kläger weder einen Anspruch auf einen Antheil am Nachlasse des H., noch eine Replik gegen die von dem Beklagten und den Mitbeklagten der Statthaftigkeit der Klage auf Grund des jus accrescendi entgegengestellte Einwendung erlangen konnten.

Daraus, daß die vorigen Instanzen die von dem Beklagten und den Mitbeklagten auf das jus accrescendi gestützte Einwendung zu Begründung der Klagabweisung nicht für ausreichend gehalten, und daß der Beklagte und die Mitbeklagten sich nicht bewogen gefunden haben, wegen Nichtbeachtung dieser Einwendung gegen die ihnen beifällige Entscheidung zu appelliren, folgt für die dritte Instanz keine Behinderung, diese Einwendung bei ihrer bestätigenden Entscheidung für erheblich zu erklären (Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. VI. S. 204 unter γ). — Ebensowenig kann die am 1. Sept. 1852 geschehene Offerte und die Beruhigung des Beklagten und der Mitbeklagten bei dem, was hinsichtlich des Nachlasses Ch. G. H.'s erkannt worden ist, ein formelles Bedenken dagegen veranlassen, bei der Entscheidung über den den Nachlaß der Ehefrau H.'s betreffenden Anspruch der Kläger die Motivirung auf den Inhalt des Testamentes H.'s zu setzen, und am wenigsten kann es bedenklich erscheinen, auf dieses Testament insoweit Rücksicht zu nehmen, als es mit dazu dient, über die Absicht, welche die H. bei der über ihr Vermögen errichteten letztwilligen Verfügung gehabt habe, überzeugende Auskunft zu gewähren.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Monat Februar 1855, in S. M. Chr. verehel. Taubert geb. Held u. Gen. w. G. Steinbach u. Gen.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 14. H. 3. S. 214 ff.

Vgl. Universalfideicommiß c. 7.

VII.

Streitig ist, ob auch bei der Intestaterbfolge — vorausgesetzt, daß der Erblasser durch Intestatcodicille belästigende Anordnungen getroffen habe — der accrescirende Theil cum onere übergehe.

Einige meinen, es müsse unterschieden werden, ob die Belastung einem namentlich bezeichneten Intestaterben auferlegt sei oder überhaupt den Intestaterben; nur im letztern Falle, nicht auch im ersteren müsse die Belästigung von denjenigen übernommen werden, die an des Ausgefallenen Stelle treten. L. 1. §. 9 u. 10 D. de leg. III. L. 77. §. 29 D. de leg. II. L. 19 D. de jure codicill. L. 11. L. 12. L. 13 pr. eod. L. 31. §. 1 D. de fideic. libert. 40, 5.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 282.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 300. Not. II.

Andere meinen, der anwachsende Theil gehe stets nur cum onere über, L. 61. §. 1 de leg. II. L. un. §. 9 u. 14 C. de caduc. toll. Die Stellen, worauf die Gegner sich bezögen, gehörten sämmtlich gar nicht hierher. Die L. 1. §. 9 u. 10 de leg. III. enthalte nur die Bestimmung: wenn der belastete Intestaterbe nicht zur Erbfolge gelangt, sondern an seiner Stelle ein Entfernterer eintritt; von einem jus accrescendi sei hier gar keine Rede. Die L. 77. §. 29 cit. L. 11. 12. 13 pr. cit. und L. 31 cit. bestimmten: wenn der Erblasser von der Voraussetzung ausging, daß der von ihm belastete Intestaterbe alleiniger Erbe sein würde, neben ihm aber ein anderer gleich Berechtigter eintritt. In diesem Falle brauche, nach jenen Gesetzen, nicht einmal der Belästigte die Vermächtnisse vollständig zu erfüllen. Mit dem jus accrescendi ständen aber diese Bestimmungen in keiner Verbindung.

Francke, Beiträge S. 134. Nr. 1. u. S. 35. Nr. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 301.

S. das Präj. zu C. 1, Erk. des OTr. zu Stuttgart.

VIII.

Hat von mehreren Intestaterben Einer oder haben Mehrere den Erblasser durch List oder Zwang vermocht, sie allein zu Erben einzusetzen, so streitet man, ob der Antheil der Erbschaft, den sie als Intestaterben erhalten haben würden, ihnen als indignis vom Fiscus entrissen werde, oder ob dieser Antheil den übrigen Erben accrescire.

Einige meinen, sowohl in jenen Fällen, als auch in dem Falle, wenn der in dem ersten Testamente ernannte Erbe den Testator genöthigt hätte, ein anderes Testament zu machen, um einen größeren Erbtheil zu gewinnen, trete der Fiscus ein, welcher den im ersten Testamente dem Unwürdigen hinterlassenen Erbtheil einziehe. L. 1 pr. D. si quis aliquem test. proh. L. 2 C. eod.

I. H. Böhmer, introd. in jus Dig. 29. 6. §. 2.
Wernher, lect. Comment. in P. 29. 6. §. 2.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1617.
Mühlenbruch, princ. jur. Rom. §. 689.
Köchy, comment. de test. vi metuve extorto §. 7

Andere meinen, in diesen Fällen trete das Accrescenzrecht ein, weil kein Gesetz für den Fiscus spreche. Die L. 1 cit. und L. 2 cit. gehörten nicht hierher, da sie bloß von dem Falle redeten, wenn Jemand den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung seines Testamentes verhindert habe. Dies sei aber von dem Falle verschieden, wenn der Erblasser zur Errichtung eines Testamentes wider seinen Willen genöthigt sei, und könne daraus ein Schluß auf andere ähnliche Fälle nicht gemacht werden.

Kurrer, diss. de test. coacto th. 33. p. 45.
Lynker, diss. de bonis recept. §. 30
Pufendorf, obs. jur. univ. T. II. obs 10. §. 6.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 433.

IX.

Streitig ist, wem die Portion accrescirt, wenn der weggefallene Erbe mit Andern conjunctus war.

Einige meinen, nur den re et verbis conjunctis sei ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung einzuräumen. Denn im Allgemeinen beziehe sich das Wort conjuncti auf alle Arten verbundener Erben, also auf re, verbis, und re et verbis conjuncti. Dies sage Paulus in L. 142 de verb. sign., aber mit dem Zusatze: nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum, et rei complexus jungit, welcher darauf hindeute, daß vorzugsweise die re et verbis conjuncti den Namen conjuncti führten, wie es auch natürlich sei, da sie in aller Hinsicht verbunden und in keinem Betracht als getrennt erschienen. Diesen Sprachgebrauch hätten die Klassiker gehabt, und bloße re conjunctos gewöhnlich distinctos oder separatos genannt. Gaji Inst. L. 2. §. 199. 205. 215 u. 223. Ulp. fragm. tit. 24. §. 12 u. 13. Vgl. mit L. 1. §. 3 de usufr. accresc. L. 33 pr.

de legat. I. L. 13. §. 1. L. 41 pr. de leg. II. Entscheidend sei auch L. un. §. 10 u. 11 C. de caduc. toll. 6, 51.

Thibaut im civ. Archiv Bd. 7. Nr. 21.
Thibaut, System §. 993.
Braun, Dictate S. 765.
Roßhirt, testam. Erbr. Bd. 2. §. 165.
Seuffert, Lehrb. III. §. 593.
Valett, Pand.-R. §. 1089.
Mackeldey, Lehrb. §. 699.

Andere machen Alles von der verbis conjunctio abhängig, einerlei, ob auch eine sachliche Verbindung vorhanden sei oder nicht, während den bloßen re conjunctis alles Vorzugsrecht abgesprochen werde.

Die Anhänger dieser Ansicht zerfallen wiederum in zwei Klassen. Einige glauben nämlich, daß ein Vorzugsrecht der bloßen verbis conjuncti völlig consequent und schon im früheren Rechte L. 17. §. 1. L. 63 D. de hered. instit. L. 59. §. 2. eod. L. 66 eod. begründet sei:

Hellfeld, jurispr. for. §. 1498.
Gans, Erbrecht II. S. 426 f.
Baumeister, Anwachsungsrecht §. 22—25.

während Andere zwar zugeben, daß die Principien des reinen Anwachsungsrechtes nicht zu einem solchen Vorzugsrechte führen konnten, jedoch annehmen, daß Justinian in der L. un. §. 10 C. de caduc. toll. dasselbe eingeführt habe, indem er das jus antiquum und das jus caduc. vindic. mit einander verschmolzen habe, und daß dabei, wie in anderen Beziehungen, so auch in Betreff des Vorzugsrechtes der conjuncti, Sätze aus dem Papischen Rechte auf das Accrescenzrecht herüber getragen seien.

Rudorff in der Zeitschr. f. Rechtsw. VI. S. 426.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 215 f.
Mayer, Erbrecht I. §. 29.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 312.
Westphal, über die Gesetze von Verlegung und Größn. d. Test. S. 161.

Andere gestehen den conjunctis jeder Art, also auch den bloß re und den bloß verbis conjunctis, ein Vorzugsrecht bei der Accretion zu.

Hunger, Erbrecht S. 506.
Huschke in Richter's Jahrb. 1838. S. 327.

Andere meinen, daß zwar allerdings nicht bloß den re et verbis conjunctis, sondern auch den re tantum conjunctis vorzugsweise accrescire, daß aber die verbis tantum conjuncti auf ein solches Vorzugsrecht keinen Anspruch machen könnten. Diese beiden Sätze würden folgendermaßen bewiesen.

A. Daß den re tantum conjunctis ein vorzugsweises Anwachsungsrecht zustehe, folge daraus, daß in solcher Ausdrucksweise sich entschieden die Absicht des Testators ausspreche, es solle jeder Einzelne der so Verbundenen, den übrigen Erben gegenüber, einen Anspruch auf die ganze ihnen zugetheilte Erbschaftsquote haben und sie sich nur unter einander beschränken. Dies gehe schon daraus hervor, daß dieser Grundsatz bei Legaten anerkannter Weise zutreffe, und dieselben Gründe, die bei Vermächtnissen ein Anwachsungsrecht überhaupt herbeiführten, müßten auch bei Erbeinsetzungen ein Vorzugsrecht begründen, indem, wie dort bei der Anwachsung, so hier in Betreff des Vorzugsrechtes bei der Anwachsung, der Wille des Erblassers allein entscheide. Dies zeige sich auch in L. 59. §. 3 de hered. inst., wonach derjenige, qui cum aliquo conjunctim institutus est, ein ausschließliches Anwachsungsrecht auf die Portion des weggefallenen conjunctus geltend machen dürfe; vgl. L. 20. §. 2 eod.

B. Den verbis tantum conjunctis stehe aber ein vorzugsweises Anwachsungsrecht nicht zu; diese Ansicht hätten schon die römischen Juristen gehabt, wie ja auch bei Vermächtnissen den legatariis verbis conjunctis alles Anwachsungsrecht abgehe, woraus für Erbeseinsetzung consequent dasselbe zu folgern sei. L. 66 D. de hered. inst. 28, 5.

v. Vangerow, Pand. §. 496. S. 336 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 312 f.
Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 14.
Arndts, Pand. §. 518.

X.

Bei dem Zusammentreffen von re conjunctis mit re et verbis conjunctis streitet man, wem ein Vorzugsrecht bei der Accretion zustehe?

Einige meinen, es sei zu unterscheiden, ob der re tantum conjunctus mit sämmtlichen verbis conjunctis zusammen, oder etwa nur mit einem derselben, in sachlicher Verbindung stehe; im ersteren Falle müsse ein Vorzugsrecht der übrigen re et verbis conjuncti, im zweiten aber umgekehrt der re tantum conjuncti angenommen werden. Sage also z. B. der Erblasser: „A und B sollen meine Erben sein auf $^1/_2$, C soll mein Erbe sein auf $^1/_2$; auf was ich den A und B eingesetzt habe, auf dieselbe Portion setze ich den D ein“: so sei es hier zweifellos, daß, wenn A wegfalle, nur der B Anspruch auf Anwachsung machen könne (L. 34 pr. de leg. I.). Lautete aber die Einsetzung des D in dem obigen Beispiele so: „auf was ich den A eingesetzt, auf dasselbe soll auch D mein Erbe sein“, so würde die weggefallene Portion des A gewiß nur dem D vorzugsweise anwachsen. Denn bei Legaten sei der Vorzug der re et verb. conj. anerkannt, die allgemeinen Gründe paßten eben so gut auf Miterben wie auf Collegatare:

v. Vangerow, Pand. §. 496. S. 342.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 972. S. 489.

und ein Zusammentreffen solcher conjuncti modificire sogar den Theilungsmaßstab, in der Art, daß jeder re conjunctus ebensoviel erhalte, wie die re et verbis conjuncti zusammen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 320 f.

Andere meinen, die vorige Ansicht sei nicht richtig, weil sie dem Hauptprincip der Lehre vom Accrescenzrechte als Folge der Conjunction widerspreche, und weil die beiden formirten Fälle darum gar nicht verschieden seien, weil ja A in beiden so gut wie B und D auf das Ganze der Hälfte eingesetzt sei und nur durch die Concurrenz mit ihnen weniger erhalte; es sei mithin einerlei, „ob D darauf, worauf A“ oder „worauf A und B eingesetzt worden“, eingesetzt sei; nur wegen der Concurrenz sei es nicht einerlei, aber diese vermindere nur die Antheile an der jedem beschiedenen Hälfte.

Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 14.

Andere meinen, die re et verbis conjuncti hätten einen Vorzug vor den re tantum conjunctis, weil die wörtlich getrennten Anordnungen eben so viele verschiedene Dispositionen bildeten; durch die Zusammenstellung mehrerer zu einer Sache oder zu einem Theile Berufenen aber habe der Erblasser ganz entschieden seinen Willen ausgesprochen, daß beim Wegfallen des Einen dessen Theil an den Mitberufenen kommen solle.

Schneider, Anwachsungsrecht S. 66.
Huschke, Rec. von Schneider in Richter's Jahrb. 1838. S. 331. Nr. 5.

XI.

Streitig ist, wie es sich mit dem Anwachsungsrechte verhalte, wenn mehrere Erben theils mit, theils ohne Festsetzung bestimmter Theile eingesetzt sind und Einer von Letzteren hinwegfällt. L. 17. §. 1 u. 2 vgl. mit L. 63 D. de hered. inst. *)

Einige meinen, es bestehe ein technischer Unterschied zwischen heredes sine parte (L. 17 cit.) und heredes sine partibus (L. 63 cit.). Das erstere sei dann vorhanden, wenn der Erblasser bei der Einsetzung gar keine Theilbestimmung gemacht habe (z. B. A soll mein Erbe sein, B und C sollen meine Erben sein). Das zweite aber dann, wenn die mehreren zu einer Quote Berufenen ohne Verhältnißbestimmung von Seiten des Erblassers geblieben wären (z. B. A soll mein Erbe sein auf $^1/_2$, B und C sollen auf die andere Hälfte meine Erben sein). Die L. 17 cit. sei nun von heredes sine parte zu verstehen, so daß man in Gemäßheit dieses Gesetzes den allgemeinen Satz aufstellen müsse: „unter mehreren unbestimmt eingesetzten Erben findet niemals eine wahre conjunctio und also niemals ein vorzugsweises Anwachsungsrecht statt, sondern wenn Einer von ihnen hinwegfällt, wächst dessen Portion stets allen eingesetzten Erben zu." Die L. 63 stehe dem nicht entgegen, da hier von heredibus *sine partibus* die Rede sei.

A. Faber, err. Pragm. dec. 49. err. 2.
Braun, Dictate S. 768.
Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 240.

Andere meinen, in L. 17 cit. sei nur von dem Falle die Rede, wenn neben bestimmt Instituirten noch andere unbestimmt Eingesetzte gerufen wären, und für diesen Fall müßte man den Grundsatz aufstellen, daß unter den unbestimmt Instituirten niemals eine wahre conjunctio und vorzugsweises Anwachsungsrecht angenommen werden könne; in L. 63 cit. sei aber von dem Falle die Rede, wenn *sämmtliche* Erben unbestimmt eingesetzt seien, und hier entscheide die Wortfassung, ob eine conjunctio und ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung zu statuiren sei.

Zimmern, römischrechtl. Unters. Nr. IV. S. 97 f.

Andere meinen, es sei früher streitig gewesen, ob conjuncti auf bestimmte Objecte oder Theile zusammen berufen sein müßten oder nicht. Javolenus habe sich nun in der L. 63 cit. dagegen erklärt; der Streit habe aber fortgedauert bis zur Zeit Ulpian's, welcher die unbestimmt Eingesetzten in Beziehung auf das Accrescenzrecht für non conjuncti erklärt habe, wobei es auch geblieben sei.

Schömann, Handb. des Civilr. II. S. 11 u. 12.

Andere meinen, es bestehe kein Widerspruch zwischen den citirten Stellen, wenn man nur den in der ersteren entschiedenen Fall so auffasse, daß die zwei ohne Theilbestimmung eingesetzten Erben separatim genannt seien, also etwa so: A soll mein Erbe sein zu $^1/_2$, den B setze ich auf $^5/_{12}$, C soll mein Erbe sein, D soll mein Erbe sein. Da in diesem Falle die zwei sine parte eingesetzten Erben zusammen zu dem Reste ($^1/_{12}$) gerufen werden und denselben unter sich theilen, da sogar, wenn nur Einer von ihnen eingesetzt wäre, dieser das volle Zwölftel erhalten würde, welches jetzt auf Beide kommt, so habe der Gedanke sehr nahe gelegen, hier eine auch für das Anwachsungsrecht wirksame re conjunctio anzunehmen. Diesen Gedanken weise aber Ulpian zurück; der Umstand allein, daß mehrere Erben im Gegensatze von solchen, welche bestimmte Theile erhalten sollen, unbestimmt eingesetzt seien, könne noch keine conjunctio im Sinne des Anwachsungsrechts herbeiführen. Um nämlich ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung in Anspruch nehmen zu können, genüge es nicht, daß man, *vermöge Rechtssatzung* mit dem Weggefallenen zu Einer Portion gerufen war, sondern dazu sei nöthig, daß durch den ausgesprochenen Willen des Erblassers diese Verbindung bewirkt wurde. Der Testator selbst müsse mehrere Personen zu einer und derselben Portion berufen, so daß dieselben in seinem Gedanken und Bewußtsein allen übrigen Erben gegenüber gleichsam *eine* Person bilden. — Fasse man so die L. 17 cit. auf, so reihe sich die L. 63 cit. sehr natürlich daran an. Das allein, daß mehrere Erben ohne Theilbestimmung eingesetzt seien, bringe freilich keine conjunctio unter denselben hervor; seien dieselben aber vom Erblasser zusammengefaßt, hätte also z. B. der Erblasser in dem vorigen Beispiele gesagt: *C und D* sollen meine Erben sein, so sei allerdings auch in Betreff des Anwachsungsrechtes eine wahre conjunctio anzunehmen, und daß die mehreren Erben sine partibus eingesetzt seien, stehe einer solchen Annahme nicht entgegen.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 496. S. 343.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 65.
Baumeister, Anwachsungsrecht S. 186.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 306 f.
Mayer, Lehre vom Erbrecht §. 28.
Sintenis, Civilr. §. 203. Not. 14.

Anwachsungsrecht der Legatare.

Francke, Beiträge I. S. 111 f.

*) In L. 17. §. 1 u. 2 D. de hered. inst. sagt Ulpian: Unde idem tractat; si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit: utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat, sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur. Quod et Celsus lib. XVI. Dig. probat. §. 2. Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte heredes scripserit, neque hos neque illos conjunctos.

In L. 63 end. sagt Javolenus: Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Mayer, das Recht der Anwachsung S. 85 f.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 589 f.
Schneider, das altcivile u. justin. Anwachsungsrecht bei Legaten.
Huschke in Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 307 ff.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 313.

I.

Daß nicht allein den re et verbis conjuncti, sondern auch den re conjuncti ein Anwachsungsrecht zustehe, ist jetzt wohl unbestritten. (Vgl. Francke, Beiträge I. S. 117.) Streitig ist aber, ob es auch den verbis tantum conjuncti gebühre.

Einige bejahen dies wegen L. 89 D. de leg. III. L. 16. §. 2 D. de leg. I. L. 1. §. 11 C. de caduc. toll. 6, 51. Denn, welcher innere Grund stehe entgegen, daß das jus accrescendi stattfinden solle, wenn es heiße: „ich vermache dem A und B meinen Garten" und daß es nicht stattfinden solle, wenn es heiße: „ich vermache dem A und B meinen Garten zu gleichen Theilen?" Im letzten Falle drücke man ja nur etwas aus, was sich im ersten von selbst verstehe, und ganz eigentlich gesagt werden sollte. In beiden Fällen sei dasselbe gemeint. — Diese Ansicht soll angeblich in der Praxis angenommen sein.

Höpfner, Institut. §. 581. Not. 1.
Donellus, Comm. lib. 7. c. 13. §. 15. lib. 8. c. 21.
Scipio Gentilis, de jure accresc. c. 6.
Vinnius ad lib. 2. tit. 20. Inst. §. 8. Nr. 15.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 175.
Mayer, das Recht der Anwachsung S. 215.
Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 6. S. 426.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 319.
Huschke in Schneider und Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 327.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 790.
Baumeister, Anwachsungsrecht S. 190.

Andere meinen, die historischen Untersuchungen hätten die Ueberzeugung herbeigeführt, daß den verbis tantum conjuncti sowenig nach Justinianischem als älterem Pandektenrechte das Anwachsungsrecht zukomme. Dasselbe beruhe darauf, daß man zu einem Ganzen berufen sei, in welchem man nur durch die Concurrenz eines Anderen beschränkt werde, und sei daher nicht begründet, wenn man nur mit einem individuell bestimmten Objecte honorirt sei.

Mit der Einwendung der Gegner könne man das Princip nicht umstoßen, wenn gleich die deutsche Sprache eine Modification herbeizuführen scheine, welche auch in deutschen Gesetzbüchern sich finde. Es komme nämlich immer im Wesentlichen darauf an, ob der Testirer das Legat den mehreren Legataren als einen Inbegriff beschieden oder den Antheil eines Jeden bestimmt habe. Ersteres werde angenommen, wenn der Testirer dem A und B zusammen oder zu gleichen Theilen etwas vermache, z. B. A, B, C und D sollen meinen Acker zu gleichen Theilen erhalten; hier haben sie gegenseitig ein Accrescenzrecht. Das Gegentheil trete aber ein, wenn derselbe sage: A, B, C und D sollen jeder $^1/_4$ meines Ackers haben. — Gemeinrechtlich könne daher nur angenommen werden: bloß im Ausdruck (verbis) Verbundene, wobei einem Jeden sein besonders bestimmter Gegenstand vermacht ist, haben kein Anwachsungsrecht, ausgenommen, wenn sie durch Beifügung eines Dritten, re conjunctus, in dem ihnen Bestimmten geschmälert sind. L. 41 pr. D. de leg. II. L. 11 D. 7, 2.

Thibaut, System §. 996.
Voet, Comm. ad P. lib. 30. §. 61.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1524.
Meermann, thesaur. T. VII. p. 303.
Heisler, de jure accresc. in legat. §. 1. 13 u. 19.
Mackeldey, Lehrb. §. 715.
Schweppe, röm. P.-R. §. 917.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 524.
Puchta, Lehrb. §. 533. (542.)
v. Vangerow, Pand. §. 547.

Vgl.

Francke, Beiträge I. S. 116.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 600.
Schneider, das altcivile u. justin. Anwachsungsrecht S. 170 u. 231.

Präjudiz 1.

Eine Erblasserin hatte ihren Ehemann zum Erben eingesetzt und nebstdem verordnet:

„Daß nach des Erben Ableben ihr Wohnhaus, 6 Bethmännische und 4 Stadt-Banko Obligationen den drei R.'schen und den zwei S.'schen Kindern, nämlich zu fünf Theilen, zufallen sollen."

Einer der S.'schen Söhne starb vor dem Erben. Als nun auch dieser gestorben war und seine zweite Ehefrau als Erbin hinterlassen hatte, behauptete letztere, das fragliche Vermächtniß sei durch den Tod des S.'schen Sohnes zum fünften Theile erloschen, weil die Collegatare, deren jedem nur der fünfte Theil der Vermächtnißgegenstände bestimmt worden, nur als verbis conjuncti zu betrachten seien und sich daher des Anwachsungsrechtes nicht zu erfreuen hätten. Der Sieg Rechtens wurde aber den das Anwachsungsrecht behauptenden Collegataren zu Theil, und zwar aus dem Grunde, weil dieselben als re conjuncti zu betrachten seien, indem die Erblasserin, wie aus dem Zusammenhange zu entnehmen, durch den Beisatz: „nämlich zu fünf Theilen" nicht die Beschränkung eines Jeden derselben auf den fünften Theil, sondern nur die Ausschließung der Rücksicht auf den Umstand, daß die Berufenen in ungleicher Zahl zwei verschiedenen Familien angehörten, habe anordnen wollen.

Erk. des OAG. zu München vom 20. April 1822, Nr. $190^{21}/_{22}$.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 211.

Präjudiz 2.

In einer Rechtssache, das Anwachsungsrecht unter Collegataren betreffend, hatte das Gericht erster Instanz seiner Entscheidung folgende Erwägung zu Grunde gelegt: „Verbis tantum conjuncti sind nicht bloß dann, wenn der Testirer selbst die Theile ausdrücklich bezeichnet hat, sondern in allen den Fällen vorhanden, wo sich, daß er bestimmte Theile vor Augen gehabt habe, klar erkennen läßt, unzweifelhaft also u. a. bei jedem Vermächtniß oder Fideicommiß einer Geldsumme oder überhaupt einer quantitas; denn die eine wie die andere ist nicht bloß etwas Theilbares, sondern als etwas unter den Interessenten vom Anfange an Getheiltes zu betrachten*)." Auf dem Grunde dieser Ansicht wurde das von Collegataren in Anspruch genommene Anwachsungsrecht für unstatthaft erklärt.

Die Gerichte zweiter und dritter Instanz ließen hingegen den Satz:

bei Geldvermächtnissen seien die Collegatare immer als verbis tantum conjuncti zu betrachten ....

für das praktische Justinianeische Recht nicht als richtig gelten, aus folgenden Gründen:

„Das ältere römische Recht unterschied bei dem jus accrescendi zwischen dem legatum per vindicationem (und nach Manchen auch dem per praeceptionem) auf der einen und dem per

*) Bezugnahme auf §. 8 Inst. de legatis (2, 20); fr. 11 de usufr. accresc. (7, 2); fr. 34. §. 9 de legat. I. (30); fr. 7. 20. 89. §. 2 de legat. II. (31); fr. 29 de solut. (46, 3).

damnationem (und sinendi modo) auf der anderen Seite. Bei dem Vindicationslegat erhielten mehrere zu derselben Sache berufene Legatare, wenn sie beim Erwerb concurrirten, Theile derselben, wenn sie aber nicht concurrirten, fiel dem oder den übrigbleibenden vermöge des Anwachsungsrechts der Antheil des oder der wegfallenden zu. Bei dem Damnationslegate dagegen waren mehrere conjunctim berufene Legataer von Anfang an nur zur Forderung von Theilen, von mehreren disjunctim ernannten dagegen jeder zur Forderung des Ganzen berechtigt; fiel ein Legatar weg, so trat niemals das jus accrescendi ein, weil dort jeder nur seinen Theil erhielt, hier jeder schon das Ganze hatte.

Gaji Inst. commentar. II. §. 199. 205. 215. 223.
Ulpiani fragm. XXIV. §. 12. 13.
Walter, Geschichte des röm. Rechts S. 708 f.
Puchta, Cursus der Institutionen Bd. 2. §. 321. S. 290. 292 f.

Der Grund dieses Unterschieds ist in der Verschiedenheit des Gegenstandes zu suchen, auf welchen die genannten Arten der Legate gerichtet waren. Object eines Vindicationslegats konnte nur Eigenthum oder ein sonstiges absolutes Sachenrecht sein, während per damnationem bloß eine Forderung (obligatio) gegen den Erben begründet, und somit Alles, was Gegenstand einer solchen sein kann, vermacht werden konnte. Hierbei galt nun eine auf mehrere zusammen berufene Legatare als Gläubiger gestellte obligatio ohne weiteres schon in dem Augenblicke, in welchem sie begründet wurde (und dies ist bei Legaten der Zeitpunkt, wo sie errichtet werden), als getheilt. Dagegen wurden dingliche Rechte durch die Berufung mehrerer an und für sich noch nicht als getheilt, vielmehr als einem jeden ganz übertragen angesehen, so daß sie erst dadurch zu einer Theilung gelangten, daß bei dem Erwerbe die mehrern Legataer zusammentrafen.

Mayer, das Recht d. Anwachsung (Tübingen 1835) S. 89 ff. 95 ff. 111 ff.
Schneider, das altcivile und justinian. Anwachsungsrecht bei Legaten (Berlin 1837) S. 8 ff.
Witte in Weiske's Rechtslexikon u. d. W. „Anwachsungsrecht" Bd. 1. S. 313 ff.

Diese Grundsätze des älteren Rechts über die Anwachsung wurden aber später theils durch die Bestimmungen der Lex Papia Poppaea wesentlich modificirt, theils wenigstens in formeller Hinsicht dadurch umgestaltet, daß Justinian im Jahre 529 den Unterschied zwischen den alten Arten der Legate aufhob und aus allen, so wie dem Fideicommiß ein einziges Rechtsinstitut machte.

C. 1 comm. de legatis (6, 43).

Allein der materielle Unterschied, daß bei dem Vermächtniß des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts jeder Bedachte eigentlich zum Ganzen berufen ist und nur durch das Zusammentreffen mehrerer eine Theilung entsteht, während bei dem Vermächtniß einer obligatio von Anfang an Theile für die mehreren Berufenen gemacht sind, und daß daher dort, nicht aber auch hier das Accrescenzrecht eintreten kann, — dieser Unterschied ist auch nach jener Neuerung Justinian's geblieben, und daraus erklärt es sich, daß in seinen Rechtsbüchern noch eine nicht unbedeutende Zahl von Stellen zu finden ist, in welchen derselbe dargestellt wird. Zu diesen Stellen gehören zum Theil die in den Entscheidungsgründen erster Instanz angeführten (s. S. 15, Note *).

Mayer a. a. O. S. 141—175.

Dagegen hat Justinian das alte Anwachsungsrecht bei Legaten vollständig und zwar so, daß er dasselbe auf ganz andere materielle Grundlagen basirte, durch ein späteres Gesetz,

C. un. §. 11 de caducis tollendis (6, 51.)

im Jahre 534 reformirt. Insbesondere hat er, was speciell hierher gehört, den alten von dem Gegenstande des Vermächtnisses entlehnten Unterschied ganz verlassen, und für alle und jede Vermächtnisse, gleichviel ob durch sie Eigenthum oder sonstiges dingliches Recht zugewendet oder eine obligatio begründet wird, das Anwachsungsrecht in gleicher Maße festgesetzt. In Folge dessen ist nun aber jenen Stellen, in welchen Spuren des alten Rechts enthalten sind, ebensowenig, wie diesem Rechte selbst, irgend eine praktische Bedeutung noch zuzugestehen.

Wenn es nun darnach allgemeiner Grundsatz des heutigen römischen Rechtes ist, daß bei allen Vermächtnissen, deren Gegenstand mag sein welcher er wolle (die besonderen Bestimmungen für den ususfructus legatos gehören nicht hierher), den Collegataren, wenn sie entweder re oder re et verbis conjuncti sind, ein Anwachsungsrecht zusteht *),

Puchta, Pand §. 542.
v. Vangerow, Leitfaden §. 547. Bd. 2. S. 533 f.

so ist auch im vorliegenden Falle den G.'schen Interessenten ein solches Recht rücksichtlich des der verwittweten K. vermacht gewesenen, von derselben aber nicht erworbenen Antheils zuzusprechen. Denn daß die ersteren mit der letzteren re et verbis conjuncti seien, kann einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen, da sie mit derselben in dem nämlichen Satze zu derselben Sache (einem Capital von 4000 Rthlrn.) berufen worden sind."

Erk. des AG. zu Dresden v. 22. Decbr. 1848, bestätigt durch Erk. des dortigen OAG. v. 13. Juni 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 83.

*) Oberstrichterliche Bezugnahme auf fr. 3 pr. de usufr. accresc (7, 2), fr. 7 pr. quib. mod. ususfr. (7, 4), fr. 80 de legat. III.; C. un §. 2, 3 de caduc. toll. (6, 51).

Präjudiz 3.

Es hatte H. R. v. W. laut seiner als dispositio in vim donationis mortis causa bezeichneten letztwilligen Verfügung ein Capital von 6000 Thlrn. eisern gemacht und bestimmt, daß die davon nach 5 Proc. jährlich auf 300 Thlr. berechneten Zinsen an sechs verschiedene Personen, seine Verwandten und Pathen, alle Jahre als ein Geschenk auf den Todesfall vertheilt werden sollten; nur im Allgemeinen waren auf den Fall der Apertur bei dem einen oder andern dieser Zinsvermächtnisse „adelige Wittwen und Waisen" überhaupt substituirt. Jene sechs Percipienten befanden sich in der I. W. Urkunde unter vorgesetzten Nummern 1 bis mit 6, die vier ersten einzeln mit Namen und unter Vorzeichnung des auf jede gleich mit zu je 50 Thlr. bestimmten Zinsenantheiles; die beiden letztern aber folgender Maße aufgeführt:

„hiernächst 5 und 6. 100 Thlr. (als soviel jährlich)
„zwei Fräuleins v. R., des Herrn Major v. R. auf
„St. beide Töchter, so lange sie leben." —

Nun hatten seither beide ebengenannten Schwestern jährlich diese im Laufe der Zeit von 5 bis 4 Proc. wechselnden Zinsen gegen gemeinschaftliche Quittung und in einer Summe erhalten. Als die eine derselben im J. 1831 verstorben, wurde die nunmehr das Ganze beanspruchende Ueberlebende, Frau L. v. K., von dem k. sächs. Ministerium des Cultus, als Vollstreckungsbehörde jener Stiftung, beschieden, daß ihrer Schwester Antheil für apert anzusehen und ihr aus dem Anwachsungsrechte zwischen Collegatarien hergeleiteter Anspruch zuvor auszuführen sei. Demnach stellte Frau L. v. K. gegen die gedachte Vollstreckungsbehörde im Jahre 1833 Klage an. Bei Verfolgung derselben gelangte die Streitsache durch alle Instanzen, deren verschiedene Erkenntnisse die mehrsten der bei der Lehre von Zinsenlegaten und den Positionen, womit Collegatarien verbunden erscheinen, vorkommenden Fragen beleuchten.

Vom Oberappellationsgerichte zu Dresden wurde in dem am 11. December 1835 eröffneten Urthel das erste Erkenntniß wieder hergestellt und darin ausgesprochen:

1) daß bei Auslegung einer letztwilligen, einigermaßen streitig gewordenen Verfügung zunächst und hauptsächlich Alles auf den vermuthlichen Willen des Testirers ankomme, insofern derselbe aus der Disposition selbst oder aus den zwischen jenem und den von ihm darin bedachten Personen stattfindenden Verhältnissen oder aus andern bekannten Umständen sich schließen lasse — und eben diese präsumtive Absicht des Testirers auch die Grundlage des zwischen mehreren Legatarien und donatariis mortis causa unter gewissen Voraussetzungen stattfindenden sogenannten Anwachsungsrechtes sei.

In jener H. R. v. W.'schen Stiftung seien nun der Klägerin und deren seitdem verstorbenen Schwester, als damaligen Schwestern v. R., in einem Satze gemeinschaftlich und mit dem Beifügen „so lange sie leben", mithin auf ihre beiderseitige Lebenszeit, alljährlich 100 Thlr.

von den für ſie und noch 4 andere Legatarien oder Donatarien beſtimmten Zinſen der als ein eiſernes Capital zu dieſem Zwecke angewieſenen 6000 Thaler in der oben angezeigten Form beſchieden, die übrigen Percipienten dieſer Zinſen aber in beſonderen einzelnen Sätzen aufgeführt worden. Verbände man mit Erwägung deſſen den Umſtand, daß der Teſtirer in ermeldeter Stiftung die Klägerin und deren Schweſter gleich den übrigen vier zu den Zinſen jenes Capitals berufenen Legatarien oder Schenknehmern ausdrücklich als ſeine Verwandten und Pathen bezeichnet, dasjenige aber, was von dieſen einzelnen Legaten oder Schenkungen nach und nach, wie er ſich ausdrückt, apert werde, ganz fremden Perſonen, nämlich armen adeligen Wittwen und Fräuleins ohne nähere Beſtimmung überwieſen habe, übrigens die in gedachter, die Klägerin und deren Schweſter betreffenden Dispoſition vorkommenden Zahlen 3 und 6 ebenſowohl auf die Perſonen dieſer beiden Percipienten, als auf die einzelnen Zinsportionen bezogen werden könnten: ſo ſei hinreichender Grund vorhanden, die ſtreitige Verfügung, anſtatt ſie zu Gunſten ſolcher Perſonen, welche dem Teſtirer ganz fremd, und ihm ſogar ganz unbekannt waren, auch nicht einmal näher beſchrieben wurden, zu deuten, vielmehr zu Gunſten einer perſönlich bezeichneten und in näherem Verhältniſſe zu dem Teſtirer ſtehenden Perſon auszulegen, mithin anzunehmen, der Teſtirer habe gewollt und beabſichtigt, daß, wenn die Eine der beiden Schweſtern v. N. verſtürbe, die überlebende die vollen, beiden Schweſtern gemeinſchaftlich beſchiedenen 100 Thaler alljährlich auf ihre Lebenszeit bekommen und genießen ſolle, wenn auch die verſtorbene das jährliche Legat ſchon einige Zeit hindurch genoſſen haben ſollte;

2) daß in Bezug auf das jus accrescendi collegatariorum der Vorzug jener angezogenen neueren Theorie vor der älteren, nach welcher das jus accrescendi ſelbſt den collegatariis verbis tantum conjunctis zugeſprochen wird,

cf. Hellfeld, in jurispr. for. §. 1498.

anzuerkennen, dieſes allein aber die vorige Entſcheidung nicht ausreichend unterſtützen zu können befunden. — Denn eines Theils gehe aus der Faſſung der ſtreitigen Dispoſition nicht mit der daſelbſt angenommenen Klarheit und Beſtimmtheit hervor, daß dieſelbe eine conjunctionem verbis tantum der Klägerin und ihrer Schweſter enthalte, da beide in Einem Satze collectiv genannt und beiden gemeinſchaftlich ein beſtimmter Theil der Zinſen von jenen 6000 Thalern beſchieden worden, ohne daß hinſichtlich dieſes Theiles wiederum Theile beſtimmt,

vgl. Schweppe, röm. P.-R. §. 885.

und nach den oben zu 1) erörterten Umſtänden die Annahme einer conjunctio mixta oder re et verbis in jener Verfügung der muthmaßlichen Abſicht des Teſtirers mehr entſpräche; andern Theils könne dieſem Vermächtniſſe die Eigenſchaft eines legati ususfructus keineswegs ſo ſchlechterdings, wie geſchehen, abgeſprochen werden, da ſolches in einem Theile der von dem, von dem Teſtirer zur nutzbaren Anlegung von ſeinem Vermögen ausgeſetzten und für eiſern erklärten Capitale an 6000 Thaler alljährlich zu erwartenden Zinſen beſteht und ein zum verzinsbaren Ausleihen für immer oder eine lange Zeit beſtimmtes Capital einer rei frugiferae gleich zu achten iſt, auch Capitalszinſen mit dem Namen der fructuum civilium bezeichnet werden, ſowohl in dem Falle, wenn Jemandem der Nießbrauch der geſammten Verlaſſenſchaft vermacht wird, hierunter auch die Zinſen außenſtehender Schuldforderungen für mit begriffen anzuſehen,

arg. fr. 61 D. de leg. 3tl. fr. 37 D. de usu et usufr. (33, 2),

vgl. Curtius, Handb. des ſächſ. Civilr. Thl. 2. §. 763.

bei dem usufructu legato aber anerkannter Maßen und, wie ſelbſt in vorerwähnter Entſcheidung unter Bezug auf

fr. 1. §. penult. D. de usufr. accresc. (7, 2)

zugegeben worden, das jus accrescendi ſelbſt dann eintritt, wenn der eine Collegatar das Legat ſchon erworben hat und nachher ſtirbt, und ſogar dann noch gilt, wenn der überlebende Collegatar ſeinen Antheil an dem Legate bereits verloren hat.

Arg. fr. 1. §. 2. fr. 3. §. 2. fr. 10 D. de usufr. accresc. (7, 2).

cf. Günther, princ. jur. rom priv. noviss. §. 882 et not. c.

Schweppe, röm. P.-R. §. 920. S. 779.

Curtius, Handb. des in Sachſen geltenden Civilr. Thl. 2. §. 780.

Ferner ſei jenes Vermächtniß, wenn man es auch nicht für ein legatum ususfructus anſehen wolle, wenigſtens als ein legatum annuum zu betrachten, als wofür auch daſſelbe nach der Bezeichnung: jährliche Rente angeſehen worden, und diesfalls würde daſſelbe gelten, was ſoeben von dem jure accrescendi bei dem usufructu legato bemerkt worden, da in dem

fr. 4 et 8 D. de annuis legatis et fideicommissis (33, 1)

das legatum annuum dem legato ususfructus gleichgeſtellt, ſolches auch aus der in dieſem Titel zum Theil geſchehenen Erwähnung des ususfructus legati und gewiſſermaßen aus

fr. 21. §. 5.

dieſes Titels und aus der

c. 1 C. de legatis (6, 37),

wenn gleich in letzterem Geſetze nur von alimentis legatis die Rede, ſich ableiten läßt; weil das legatum annuum an ſich und in der Regel ebenſo, wie das legatum ususfructus, nicht auf die Erben übergeht und bei einem legato annuo in einem jeden Jahre angenommen wird, als ob es der Teſtirer von Neuem dem Legatar beſtimme,

vgl. Schweppe i. d. a. B. §. 922.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 709. S. 535.

ſo ſprechen dieſe beiden Umſtände wegen der eben bemerkten vermuthlichen Abſicht des Teſtirers bei einer conjunctio collegatariorum dafür, daß in Anſehung des juris accrescendi zweier oder mehrerer collegatariorum bei dem legato annuo dieſelben Grundſätze anzunehmen, wie bei dem legato ususfructus.

Zeitſchrift f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachſen N. F. Bd. 3. H. 4. S. 333 ff.

Apoſtaten, deren Erbunfähigkeit, ſ. Erbunfähigkeit, abſolute c. 8.

Arbitrium boni viri, ob das Teſtament darin verſtellt werden darf? ſ. Teſtamente, deren Inhalt c. 1. 2. 3. 4.

Arenarii, ſ. Enterbungsurſachen c. 16 u. 17.

Arme, deren Einſetzung, ſ. Erbunfähigkeit B. c. 9.

— — Begriff bei dem Erbrechte der armen Wittwen, ſ. Inteſtaterbrecht der armen Wittwen c. 5 u. 6.

Armenanſtalten, deren Succeſſion, ſ. Inteſtaterbfolge der Armenanſtalten.

Arme Wittwen, ob ſie inofficiöſe Schenkungen anfechten können, ſ. querela inoff. donation. c. 4.

Arrogation des impubes, deren Einfluß auf frühere Pupillarſubſtitutionen, ſ. substitutio pupillaris c. 8.

Arrogirte Kinder, deren Notherbenrecht, ſ. Notherbenrecht B. c. 4 u. 6; desgl. Inteſtaterbfolge 1. Klaſſe c. 15.

Aſcendenten, deren Collationspflicht, ſ. Collationspflicht c. 3.

— — Größe des Pflichttheils derſelben, ſ. Pflichttheil A. c. 1. 13 u. 14.

Aufhebung des Teſtaments der Eltern unter Kindern, ſ. testamenta parentum inter lib. c. 22 u. 23.

— — der Vermächtniſſe, ſ. Vermächtniſſe B.

Ausländer, deren Erbunfähigkeit, ſ. Erbunfähigkeit, abſolute c. 6.

Auslegung der letztwilligen Verordnungen.

Mantica, de conjecturis ult. volunt. (1680).
Schweitzer, de reb. dub. comment. (1802).
Holzſchuher, Th. 2. Abth. 1. S. 645 f.
Elvers, Themis, eine Zeitſchrift für Doctrin und Praxis des röm. Rechts. Neue Folge. Bd. 1. Nr. 8.

Seuffert, über die Codicillarclausel.
Northoff, die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung.

Note. Ueber die Interpretationsregeln, sowohl bei Verträgen (s. Contr.-Lexikon Abth. 2. s. v. Rechtsgeschäfte S. 223 f.) als bei letzten Willensordnungen, lassen sich Controversen im Sinne dieses Werkes kaum aufführen, da hierbei weniger die quaestio juris, als vielmehr die quaestio facti in Betracht kommen wird. Deshalb müssen vorzugsweise nur Beispiele, also Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, dem Zwecke dieses Werkes gemäß, dem Richter und Advocaten zur Norm dienend, angegeben werden.

Präjudiz 1.

Ueberdies müssen letzte Willensordnungen im Zweifel so erklärt werden, daß sie eher bei Kräften erhalten als vernichtet werden, L. 12 D. de reb. dub., mithin, wenn über Vermächtnisse gestritten wird, diejenige Auslegung den Vorzug verdient, welche zum Vortheile des Legatars gereicht. L. 13 D. de reb. dub. L. 12. L. 168. §. 1 D. de reg. jur. L. 1 C. de legat.

Erk. der Erlanger Juristen-Facultät w. Jellis.
Geiger und Glück, Rechtsf. Bd. 2. Nr. 17.

Präjudiz 2.

Die Regel, daß bei allen dem Erben gemachten Auflagen die Interpretation für den Erben gegen den Honorirten stattfinde,

fr. 17 de reg. jur.; fr. 14. §. 1; fr. 32. §. 1; fr. 39. §. 6 D. de legat. f.
Gothofredus, ad fr. 12 de reg. jur.

ist erst ganz zuletzt anzuwenden, wenn sich alle übrigen Gründe Für und Wider das Gleichgewicht halten. ....

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28. Febr. 1825, in S. Schwartze u. C. w. Kubicke u. Hauers.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 72.

Präjudiz 3.

In Sachen Brand w. Meyer'sche Testamentserben, wegen eines Testaments, wird in Erwägung, daß,

1) wenn auch Sachen nicht zum Vermögen einer andern Person als des Eigenthümers gehören und Vermögen im Rechtssinne um soviel geringer gedacht werden muß, als Verbindlichkeiten daraus zu erfüllen sind,

L. 39. §. 1. L. 49 i. f. D. de verbor. sign. (50, 16),
L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1),
Puchta, Pand. §. 34 und 219.

und hiernach nicht behauptet werden kann, daß Klägerin, wenn sie durch den von den Beklagten in deren Vernehmlassung vom 11. December v. J. erwähnten, von der Klägerin nicht geleugneten Proceß, welcher also nach §. 71 der C.-P.-O. als zugestanden angesehen werden muß, nur das Ihrige zu erhalten bemüht gewesen sein sollte, von dem Vermögen der Erblasserin mehr, als worauf sie in deren Testamente zur Erbin eingesetzt ist, zu erlangen suche, mithin nicht angenommen werden könnte, daß Klägerin durch Fortsetzung jenes Processes nach der Erblasserin Tode den Willen derselben übertreten und sich dadurch der testamentarischen Zuwendungen verlustig gemacht habe, dennoch

2) die testamentarische Bestimmung qu., auf welche es hier allein ankommt und welche dahin lautet:

> daß, wenn Klägerin durch einen Rechtsstreit von ihrem, der Disponentin, Vermögen mehr zu erlangen suchen sollte, als sie im Vorstehenden bedacht worden, sie von ihrem Nachlasse als Erbin ausgeschlossen sein und nur dasjenige erhalten solle, was ihr von Rechtswegen werde zuerkannt werden,

auch so verstanden werden kann, daß Klägerin nur unter der Bedingung der Nichtfortsetzung ihres obgedachten Processes zur Erbin eingesetzt sei, worauf insbesondere hindeutet, daß nach den Schlußworten des obigen Satzes, „auch was ihr von Rechtswegen zuerkannt wird" (also doch wohl rechtmäßig gebührt), nicht durch den Proceß ohne Verlust des Erbrechts von der Klägerin weiter verfolgt werden kann, — und daß die Erblasserin durch ihre testamentarische Bestimmung jenem Processe ein Ende machen, und die Klägerin dafür durch Einsetzung zur Erbin auf ¼ ihres Nachlasses habe entschädigen wollen; und dann

3) bei letztwilligen Bestimmungen vorzugsweise auf die Absicht dessen, der solche errichtet, gesehen werden muß, welches sogar soweit geht, daß, wenn die Worte und die erwiesene oder erweisliche Absicht nicht mit einander übereinstimmen, dennoch letzte, wenn sie bewiesen werden kann, angenommen und befolgt werden soll,

L. 35. §. 3 D. de hered. instit. (28, 5)
L. 3 C. de liberis praeter. (6, 28)
L. 16 C. de fideicommiss. (6, 42)
Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. Bd. 5. §. 65
Schweppe, röm. P.-Recht Bd. 5. §. 801.
Holzschuher, Theorie Th. 2. Abth. 1. S. 645 u. 646.

daher denn um soviel mehr hier, wo die von den Beklagten behauptete Absicht der Erblasserin keinen Widerspruch mit den von ihr gebrauchten Worten enthält, sondern, wenn letzte auch mehrdeutig sind, doch in einer dieser mehreren Bedeutungen mit der erwähnten Absicht der Erblasserin übereinstimmen, den Beklagten der Beweis ihrer Einrede, daß die Erblasserin bei der obigen Bestimmung auch den mehrerwähnten Proceß vor Augen gehabt und dessen Nichtfortsetzung durch Klägerin beabsichtigt habe, nachgelassen, und wenn sie damit durchdringen, Klägerin mit ihrer jetzigen Klage abgewiesen werden muß; jedoch

4) ob eine solche Abweisung als eine definitive anzusehen sei oder nur in angebrachter Maße etwa bis dahin, daß Klägerin durch Nichtfortsetzung des fraglichen Processes den Willen der Erblasserin erfüllt haben wird, zu geschehen habe, zunächst vom Gerichte erster Instanz nach erledigtem Beweisverfahren zu entscheiden sein wird, und darüber in gegenwärtiger Instanz eine Entscheidung für jetzt nicht erfolgen kann, auch den Parteien ihre diesen Punkt betreffenden Vor- und Anträge in erster Instanz vorzubehalten sind;

5) der Beweisauflage wegen solcher Einrede der Beklagten nicht entgegensteht, daß diejenigen Beamten, welche das Testament der Erblasserin aufgenommen haben, zu Zeugen vorgeschlagen sind, indem es für jetzt nach §. 177 der C.-P.-O. nur darauf ankommt, ob Beweismittel überhaupt benannt, wogegen darüber, ob solche zulässig sind, zuerst in erster Instanz erkannt werden muß, und für jetzt allhier noch nicht entschieden werden kann, jedenfalls auch die Zeugin v. Lengerke noch übrig bleibt, gegen welche bis jetzt nichts vorgebracht ist, woraus hervorginge, daß nicht ihre Aussage in Rücksicht auf die Bestimmung des §. 86 der C.-P.-O. erheblich sein könne,

für Recht erkannt: daß das angefochtene Erkenntniß aufzuheben und Beklagte binnen Ordnungsfrist beim Gerichte erster Instanz Gegenbeweis der Klägerin vorbehältlich zu beweisen schuldig seien:

> daß die Erblasserin Wittwe Meyer, Wilhelmine geb. Falke, bei der in ihrem Testamente vom 12. December 1847 enthaltenen Bestimmung, daß, wenn die Klägerin durch einen Rechtsstreit von ihrem, der Disponentin, Vermögen mehr zu erlangen suchen sollte, als sie im Vorstehenden bedacht worden, sie von ihrem Nachlasse als Erbin ganz ausgeschlossen sein sollte, die Absicht gehabt habe, daß Klägerin auch dann als Erbin von dem fraglichen Nachlasse ausgeschlossen sein solle, wenn sie den von den Beklagten in ihrer Vernehmlassung vom 11. December 1851 erwähnten Proceß der Klägerin gegen die Erblasserin wegen Erbschaft und Erbtheilung fortsetzen würde,

worauf vom Gerichte erster Instanz in der Sache selbst und wegen der Proceßkosten, auch dieser Instanz, welche zum Enderkenntnisse verstellt werden, ferner zu erkennen ist, was Rechtens.

Erkannt im zweiten Senate des OG. zu Wolfenbüttel am 18. Nov. 1852.

Präjudiz 4.

Der Richter darf zwar den mangelhaften Ausdruck des wirklich erklärten Willens des Erblassers, nicht aber eine Willensmeinung desselben ergänzen, die er, weil er an den nachher eingetretenen Fall nicht dachte, nicht ausgesprochen hat; die nur Project gebliebene Aenderung des letzten Willens kann nicht als vollendete Thatsache gelten, und ihr daher eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden.

Erk. des OTribunals zu Stuttgart v. 7. März 1848.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 181.

Präjudiz 5.

In einer Rechtssache war, in Betreff der Auslegung einer fideicommissarischen Anordnung, bemerkt worden, daß bei letzten Willen die Worte weit weniger bedeuten, als bei anderen Dispositionen, und daß man bei letzten Willen weit eher als bei andern Willensacten eine von den Worten abweichende Willensmeinung befolgen müsse.

Diese Bemerkung (sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung) ist zwar insofern richtig, als die Abweichung von den Worten, nicht wie bei den Verträgen, durch die Rücksicht auf das Recht des andern Paciscenten beschränkt ist; weiter ausgedehnt ist sie unrichtig. Gerade bei letzten Willen ist der Grundsatz aufgestellt: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio

fr. 25. §. 1 de leg. III. (32)

und

fr. 69 pr. eod.

Auch sind diese Regeln durchaus in der Natur der Sache gegründet und zur Entfernung der Willkür in der Interpretation nothwendig.

Die für das Gegentheil angeführten

fr. 35. § 3 de hered. inst. (28, 5)

C. 16 de fideicomm. (6, 42)

sagen weiter nichts, als daß der Wille den Worten vorgehe, aber nicht, daß man es mit dem Beweise eines von den klaren und bestimmten Worten abweichenden Willens leichter nehmen dürfe, als bei andern Dispositionen, und daß dazu bloße Probabilitäten genügten; vielmehr verlangt fr. 69 pr. cit. manifestum esse aliud sensisse testatorem und C. 16 cit., daß *probationes* ad commendandam voluntatem vorhanden seien. Zu leugnen ist freilich nicht, daß im Corpus Juris einzelne Beispiele vorkommen, in welchen die römischen Juristen die Worte letzter Willen aus Rücksicht auf die voluntas etwas freier behandeln, als es die strengeren Interpretationsregeln wohl nimmer mit sich gebracht hätten; allein aus solchen Beispielen läßt sich keine Regel bilden, da in anderen Stellen ein entgegengesetztes Verfahren so bestimmt und allgemein als Regel aufgestellt ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28. Februar 1825, in S. Schwartze u. C. w. Kudicke und Hauers.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 67.

Präjudiz 6.

Ueber die Unwirksamkeit der einem letzten Willen beigefügten Clausel: daß die Disposition eventuell als Schenkung unter Lebenden gelten solle, sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Allerdings mag nicht bezweifelt werden, daß der Urheber der vorliegenden Verfügung die Absicht hatte, seinen dereinstigen Nachlaß den Klägern zuzuwenden, und daß er diese Zuwendung, dafern sie wegen Mangels an Beobachtung der bei Errichtung letztwilliger Dispositionen nöthigen Form nicht als Verfügung auf den Todesfall bestehen könnte, doch als Schenkung unter den Lebenden betrachtet und aufrecht erhalten wissen wollte. Aber ebenso zweifellos ist es andererseits, daß diesem letzteren Wunsche nicht entsprochen werden kann, und die dem Testamente beigefügte Clausel eine völlig wirkungslose ist. Eine Verfügung auf den Todesfall, nach welcher der Honorirte erst nach dem Tode des Verfügenden ein Recht erwerben soll, kann nicht zugleich ein Vertrag unter den Lebenden sein, wodurch der eine dem andern sofort ein unwiderrufliches Recht einräumt. Der Inhalt der vorliegenden Verfügung lehrt ganz unwidersprechlich, daß S. nicht im entferntesten daran dachte, sein Vermögen bei seinem Leben wegzugeben, es den Klägern zu schenken und ihnen ein unwiderrufliches Recht daran zu ertheilen, sondern daß er eben nur über das nach seinem Tode vorhandene Vermögen, über seinen Nachlaß, zu Gunsten der Kläger eine letztwillige, widerrufliche Verfügung treffen und den Klägern ein erst von seinem Tode abhängiges Recht zugestehen wollte.

Die Clausel, es solle das Testament als Schenkung unter den Lebenden gelten, würde zu der gewünschten Wirkung nur dann haben führen können, wenn der Testator bei seinem Leben wirklich einen Schenkungsvertrag mit den Klägern abgeschlossen und mittelst desselben ihnen ein unwiderrufliches Anrecht auf sein Vermögen, gleichviel unter welchen speciellen Bestimmungen über dessen Benutzung bis zum Tode des Schenkgebers, eingeräumt hätte.

Der Satz, daß im Zweifelsfalle keine Schenkung auf den Todesfall, sondern eine Schenkung unter den Lebenden zu präsumiren sei, kommt hier um deswillen nicht in Betracht, weil eben darüber, daß der verstorbene S. letztwillig verfügen, nicht bei seinem Leben sein Vermögen verschenken wollte, kein Zweifel obwaltete. Sogar wenn anzunehmen wäre, es habe in der Absicht S.'s gelegen, unwiderruflich sein Vermögen den Klägern zu schenken, würde denselben ein rechtlicher Anspruch auf das Vermögen S.'s nicht zustehen, weil es an der zu dem Wesen des Schenkungsvertrages gehörigen Acceptation von Seiten der Schenknehmer bei Lebzeiten des Schenkers mangelt, und erst eine nach dem Tode des Schenkgebers erklärte Acceptation wirkungslos ist.

Savigny, System Bd. 3. S. 151.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Februar 1853 (Saal'sche Edictalsache).

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 187.

Präjudiz 7.

Katharina Elisabeth H. hatte in ihrem letzten Willen verordnet: „ihre in B. belegenen Grundstücke sollten nach ihres Ehemannes, Georg H's., Ableben auf ihre Seitenverwandten, nämlich

1) auf ihres Bruders Kaspar K.'s Kinder oder Enkel,

2) auf ihren Bruder Albertus K. oder dessen Leibeserben und

3) auf ihre Schwester Anna Christina K. verehel. T. oder deren Leibeserben zu gleichen Theilen erb- und eigenthümlich übergeben."

Während nun nach H.'s, des Ehemanns, Tode fünf Enkel des Kaspar K., — Kinder einer verstorbenen Tochter des letztern, — diese Grundstücke nach Kopftheilen getheilt wissen wollten, begehrten die zwei noch lebenden Kinder desselben, ingleichen die Nachkommen des Albertus K. und der Anna Christina K. verehel. T. die Vertheilung nach Stämmen.

Für eine solche wurde oberstrichterlich aus folgenden Motiven entschieden:

Vor Allem ist der Grundsatz zu berücksichtigen, daß bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen auf die aus den Umständen erkennbare Absicht des Erblassers mehr ankommt, als auf die von ihm gebrauchten Worte.

Const. 16 de fideicommiss. (6, 42).

Carpzov, definit. P. 3. const. 7. defin. 20. n. 8—10.

Reinharth, select. observat. ad Christinaeum Vol. IV. obs. 19 i. f.

Hiernach erscheinen bei der vorliegenden quaestio voluntatis, wobei die richterliche Erwägung der Umstände nicht ausgeschlossen werden kann,

C. 7 de fideicommiss. (6, 42),

die für die Theilung des streitigen Nachlasses nach Stämmen sprechenden Gründe überwiegend.

Denn es sind nicht die Seitenverwandten der Erblasserin im Allgemeinen und ohne Unterschied zu gleichen Theilen von ihr bedacht worden, sondern lediglich die drei Geschwister der Erblasserin oder deren Stämme; und wenn gleich die Theilung nach solchen nicht mit ausdrücklichen Worten angeordnet worden ist, so hat die Erblasserin doch dadurch, daß die bedachten Geschwister und deren Nachkommenschaft in drei ganz abgesonderten Sätzen, sogar durch Nummern unterschieden, aufgeführt sind, deutlich genug die Absicht zu erkennen gegeben, daß nicht jede einzelne Person ihrer Seitenverwandten einen ganzen Theil erhalten, sondern daß auf jedes ihrer drei Geschwister oder dessen Stamm ein Drittheil fallen sollte.

Fr. 11; fr. 59. §. 2 D. de hered. instit. (28, 5); fr. 142 D. de verbor. sign. (50, 16).

Die beigefügten Worte: „zu gleichen Theilen" lassen einigermaßen ihrer Stellung nach zweifelhaft, ob sie auf die einzelnen zu dem Fideicommiß berufenen Personen, oder vielmehr auf die von der Erblasserin unterschiedenen drei Stämme sich beziehen; es muß daher nach dem ganzen Zusammenhange bemessen werden, ob die Absicht der Testatrix auf das erstere oder auf das letztere gegangen.

Fr. 24 D. de reb. dubiis (34, 5).

Gegen die Beziehung jener Worte auf die drei Stämme, welche die Erblasserin unter ebensoviel Nummern bedacht hat, ist zwar vom Richter der ersten Instanz angeführt worden, daß alsdann jener Zusatz überflüssig gewesen wäre. Allein einestheils darf hiervon bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung eines Rechtsunkundigen überhaupt nicht leicht ein Bedenken entnommen werden. Anderntheils hätte ja die Erblasserin auch in Beziehung auf die Summe eine ungleiche Vertheilung anordnen können; es waren also jene Worte sogar nothwendig, um auch bei den Stämmen eine Gleichheit zu bezeichnen.

Was aber die vom Richter erster Instanz gleichfalls für sich angezogene Entscheidung des in

fr. 13 pr. D. de hered. instit. (28, 5):

> Interdum haec adjectio: aeque heredes sunto, testatoris voluntatem exprimit, ut puta: Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto; nam haec adjectio declarat omnes ex viritibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet —

referirten Falles betrifft, wo das „aeque" allerdings auf die Personen aller einzelnen Erben bezogen wird, und wonach dieser Zusatz die Theilung nach Kopftheilen selbst dann mitbringen soll, wenn mehrere Erben in einem Ausdrucke (conjunctim) neben einander eingesetzt sind,

Brunnemann, Comment. in Pand. ad loc. cit.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 12. not. 4
Lauterbach, colleg. practic. lib. 28. tit. 5. §. 14.

so ist zuvörderst daran zu erinnern, wie überhaupt solche, nicht sowohl auf Rechtsgrundsätzen, als auf römischer Redeweise beruhende Interpretationsregeln römischer Juristen der Natur der Sache nach nicht ohne große Vorsicht auf heutige, in deutscher Sprache verhandelte Rechtsgeschäfte angewendet werden dürfen; und weiter ist zu erwägen, daß in jener Stelle selbst dem Zusatze: „aeque" nicht unbedingt, sondern nur nach Umständen, — interdum, — jene Bedeutung beigelegt wird.

Nun aber sind die Umstände in dem dort entschiedenen und dem gegenwärtigen Falle wesentlich verschieden. Denn nicht nur daß die Eintheilung und bezüglich Verbindung der Bedachten in drei verschiedenen Sätzen schon äußerlich hier ungleich entschiedener hervortritt, wo dieselben durch Zahlen getrennt sind, als dort, wo die beiden Positionen sogar unter einander durch das Wort: „et" wieder verbunden waren; so kommen auch hier eigenthümliche innere Gründe in Betracht, welche kaum einem erheblichen Zweifel darüber Raum lassen, daß die Erblasserin das ihren Geschwistern und deren Nachkommen hinterlassene Fideicommiß nach Stämmen unter ihnen habe getheilt wissen wollen. Denn es sind weder alle Seitenverwandten der Testatricin ohne Unterschied neben einander zu dem Fideicommiß gerufen, noch sind bestimmte einzelne Personen, sondern zunächst zwar ihre zwei Geschwister und die Kinder eines dritten Bruders, eventuell aber die Enkel des letztern, und statt jener die Leibeserben eines jeden derselben von ihr bedacht; es sind also, wie das von ihr wiederholt gebrauchte Wort: „oder" deutlich bezeichnet, die Enkel des Kaspar K. und die Leibeserben der beiden andern Geschwister nicht zugleich mit ihren, der Erblasserin, näher stehenden Ascendenten, sondern erst nach diesen, sofern solche hinwegfielen, zu dem Vermächtnisse gerufen, mithin ihnen substituirt.

Fr. 50 pr. D. de legatis II.
C. un. §. 7 de caducis tollend. (6, 51).[1]

Von selbst versteht es sich daher, daß dieselben in dieser Eigenschaft mehr nicht als denjenigen Theil in Anspruch nehmen können, welchen ihre Ascendenten, an deren Stelle sie treten, erhalten haben würden, da dieses das Rechtsverhältniß eines Substituten von selbst mit sich bringt;

Schweppe, röm. Privat-R. 4. Ausg. von Meyer, Bd. 5. S. 104.

auch hier insbesondere kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Erblasserin beabsichtigt habe, ihren entfernteren Seitenverwandten, welche durch ihre noch lebenden Eltern nach dem Testamente ganz ausgeschlossen gewesen wären, nach deren Tode sogar noch mehr zuzuwenden, als diese bekommen haben würden, und dadurch ihre noch lebenden näheren Verwandten zu verkürzen, während nach einer Entscheidung Justinian's selbst in dem Falle, da ein Vater mit seinen Kindern neben anderen Personen gerufen wird, jene Familie zusammen nur Einen Theil erhalten soll.

C. 11 in fin. de impuber. et al. substit. (6, 26).
Zimmern, Grundriß des Erbrechts §. 13.

Endlich würde eine Abweichung der nach dem Obigen durchweg angeordneten Repräsentation bloß zu Gunsten der Kinder des verstorbenen Bruders der Erblasserin und zum Nachtheil ihrer noch lebenden Geschwister ohne deutlichere Erklärung umsoweniger angenommen werden können, als hierin zugleich eine Abweichung von dem, was das verwandtschaftliche Verhältniß und die darauf gegründete gesetzliche Erbfolge mit sich bringt, enthalten sein würde, welche bei Auslegung letztwilliger Verfügungen im Zweifel nicht anzunehmen ist.

Carpzov l. c. P. 3. const. 9. def. 17.
Lauterbach l. c. lib. 28. tit. 5. §. 14.
Erk. des OAG. zu Jena vom 27. Mai 1836, in S. Schonert u. Gen. w. Künzel u. Gen.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 151.

Präjudiz 8.

Aus oberrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Wenn der Beklagten (durch die Beschwerde) Gelegenheit verschafft werden soll, eine entgegenstehende Absicht ihrer Eltern zu erweisen, so würde im Allgemeinen das Verlangen der Beklagten nicht gerade als ganz verwerflich erscheinen, da die Worte des Testaments nicht so positiv sind, daß sich nicht dennoch die Möglichkeit einer von der natürlichen Auslegung abweichenden Ansicht der Eltern denken ließe.

C. 3 de liber. praeter. (6, 28).

Da man aber gerade bei Testamenten so lange bei den Worten derselben stehen bleiben muß, als nicht ganz entschieden und bestimmt (manifeste) dargethan wird, daß der Testator etwas Anderes im Sinne gehabt habe,

fr. 69 pr. D. de legat. III (32),

so kann es zur Gestattung des Beweises einer andern Absicht des Testators nicht genügen, wenn darüber bloß eine allgemeine und vage Behauptung ausgesprochen wird, sondern es müssen bestimmte Aeußerungen des Testirers oder sonstige factische Umstände angeführt werden, welche, wenn sie als relevant erscheinen, zum Beweise verstellt werden können. Das ist nun von der Beklagten nirgends geschehen. Sie geht nur von der ganz unrichtigen Meinung aus, daß ihre Eltern lieblos gegen sie gehandelt haben würden, wenn im Testamente derselben wirklich verfügt wäre, daß sie sich ihre Aussteuer in ihren Kindestheil anrechnen lassen solle, und so kommt sie zu der Erklärung, daß sie sich einer entgegengesetzten Absicht ihrer Eltern geradezu bewußt sei. Dies konnte unmöglich veranlassen, der Beklagten noch einen Beweis nachzulassen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. März 1842.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 182.

Präjudiz 9.

Daraus, daß der Testator der Bestimmung über die Größe der Erbportion eines Notherben die Worte beigefügt hat: „zur Erfüllung seines Erbtheils" — „zu etwaiger Erfüllung des ihm gesetzlich zuständigen Erbtheils" — kann nicht gefolgert werden, daß der Erblasser dadurch die Absicht andeuten wollte, dem so eingesetzten Notherben soviel auszusetzen, als dessen Intestaterbtheil ausmacht. Allerdings kann unter dem Ausdrucke „gesetzliches Erbtheil" an sich beides verstanden werden, der Intestaterbtheil sowohl als der Pflichttheil. Allein schon überhaupt ist dann, wenn in einem Testamente der Erblasser auf seine Absicht hindeutet, dem einen oder dem andern seiner eingesetzten Erben durch das ihm Beschiedene den ihm gesetzlich zuständigen Erbtheil zuzuwenden, anzunehmen, der Erblasser habe darunter nicht den Antheil, welchen der Erbe ab intestato zu erhalten gehabt hätte, sondern den dem Testamentserben, wenn er zu den Notherben gehört, gesetzlich nicht zu entziehenden oder zu schmälernden Pflichttheil gemeint, zumal wenn die übrigen Bestimmungen im Testamente darauf hinweisen, daß der Erblasser dem betreffenden Erben eben nicht die Intestaterbportion hat hinterlassen wollen. So war namentlich im vorliegenden Falle die Erklärung des Erblassers im Testamente von Bedeu-

tung, daß noch bei seinen Lebzeiten Kläger wenigstens 1450 Thaler als väterliche Erbportion und noch anderweitige Unterstützungen erhalten habe; daß er sich daher nicht für verbunden erachten könne, dem Kläger mehr noch, als die ihm ausgesetzten 200 Thaler, zu etwaiger Erfüllung des ihm gesetzlich zuständigen Erbtheils zu bewilligen. Für verbunden konnte sich aber der Erblasser nur zur Hinterlassung des Pflichttheils, nicht der Intestaterbportion erachten.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 28. Nov. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 65.

Präjudiz 10.

In den Motiven einer Entscheidung des OAG. zu Lübeck (1832) kommt hierüber vor: Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, welcher allerdings bei der Auslegung von Testamenten vorzugsweise zu beachten ist, sind die Worte: „sämmtliches Mobiliarvermögen“ von der Bezeichnung „Meubles“ und selbst auch von Mobilien wesentlich verschieden. Während die letztern sich auf dasjenige beschränken, was von Hausrath oder Geräthschaften zur innern Einrichtung des Hauses erforderlich ist, begreifen die erstern Alles unter sich, was nicht entweder von Natur zu den unbeweglichen Sachen gehört, oder durch besondere gesetzliche Bestimmungen denselben in jener oder dieser Beziehung gleichgestellt worden ist, wie dieser Unterschied und der angegebene Umfang des erstgedachten Ausdrucks sowohl von der Gesetzgebung anderer Staaten ausdrücklich festgestellt, als auch von den Schriftstellern, welche diesen Ausdruck erörtern, anerkannt worden ist.

Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 2. §. 10, 18.
Cod. Napol. art. 533. 535.
Zeiller, Comment zu dem österreich. Gesetzb. zu §. 293. Th. 2. S. 14.
Dabelow, Handb des Civil-R 1. § 56. 57.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. Nr 41. S. 163.
Gottschalk, disc for. Tom. 3. cap. 1. p. 20.
Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 360.

Präjudiz 11.

Die Frage, ob die Beweisführung der Absicht und des Sinnes, welchen der Testator mit den im Testamente niedergeschriebnen Worten verbunden habe, den allgemeinen Regeln über Beweis unterliege, insbesondere ob zwei Zeugen genügten, oder ob hierzu ein als letztwillige Disposition giltiger Aufsatz oder die Aussagen sämmtlicher zur Testamentserrichtung gehörigen Urkundspersonen erforderlich seien, wurde in dem gegebenen Falle in ihrem ersten Theile aus dem Grunde bejaht, weil nirgends für diesen Fall eine Ausnahme in den Gesetzen statuirt sei, und nach fr. 12 D. de testib. (22, 5), da wo die Gesetze nur allgemein von Zeugen sprechen, deren zwei genügen; außerdem wurde auf eine von bewährten Rechtslehrern

Mevius, decis. P. II. decis. 13.
Stryk, de caut. testam. 15. §. 43.

bezeugte Praxis Bezug genommen.

Entscheid. des OAG. zu Wiesbaden vom 12. März 1834, in S. Wink u. Cons. w. Herber.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 196.

I.

Streitig ist, ob unter dem Ausdruck: „Kinder“ allemal auch Kindeskinder für inbegriffen zu erachten sind*).

Einige meinen, in letztwilligen Verfügungen, insbesondere Fideicommissen, komme in Betracht, ob die Verfügung zum Vortheil oder zum Nachtheil der Kindeskinder gereiche. Im ersteren Falle seien die Kindeskinder in der Seitenverwandtschaft, eben so wie in der geraden Linie, in der Berufung der Kinder begriffen, und bestehe dafür auch der Gerichtsgebrauch.

Gottschalk, disc. for. Vol III. p. 52
Zangen, Sammlung einiger prakt. Rechtserörter. Med. 7. S. 93.
Böhmer, auserlef Rechtsf. T. I. P. II. resp. 77.
Püttmann, advers. jur. univ. lib. 2. c. 5. p. 66.
Hommel, Rhaps. obs. 563.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 45.
v. Hartitzsch, Entsch. Nr. 228
Strippelmann, neue Samml. bem. Entsch. Bd. 1. S. 201.

Andere meinen, nach gemeinem Rechte seien in dem einen wie in dem anderen Falle unter Kindern auch Kindeskinder begriffen.

Rivinus, Progr. num sub fratrum soror. quoque liberi compreh.
Voet, Comm. in P. lib. 36. tit. 1. §. 22.
Pufendorf, obs. jur. univ. T. III. obs. 4.

Präjudiz 1.

Die Entscheidung einer Rechtssache hing davon ab, ob in letztwilligen Verfügungen zweier zusammen in einem Acte testirenden Ehegatten, worin der Mann

„seines seligen Vaters Brüder- und Schwester-Kinder oder deren Kinder“

zu $^2/_3$ seines Nachlasses berufen, und ebenso die Frau

„ihres seligen Vaters Brüder- und Schwester-Kindern oder deren Kindern“

ein Viertel ihrer Erbschaft hinterlassen hatte, durch die Worte „oder deren Kinder“ nur die Söhne und Töchter oder auch die entferntern Descendenten gerufen seien. Die Entscheidung fiel gegen die Ansprüche der entfernteren Descendenten aus. In den Motiven wurde unter Anderm geäußert:

Insofern die Meinung der Disposition nicht aus den besondern Umständen erhellt, so verstehen Viele das Wort „Kinder“, namentlich wenn von testamentarischen Verfügungen die Rede ist, in der weitern Bedeutung, und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Sie behaupten zuvörderst, daß, wenn auch der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens das Wort gewöhnlich in der engeren Bedeutung nehmen sollte, dennoch in der juristischen Sprache, namentlich in testamentarischen, zu Gunsten von Kindern getroffenen Verfügungen die weitere Bedeutung des Worts die vorherrschende sei,

cf. Gottschalk, select. discept. for. Tom. 3. cap. 4.

wie zum Belege hierfür namentlich das preußische Landrecht dienen könne, welches, wenn von Familienverhältnissen die Rede ist, unter Eltern und Kindern die Verwandten in auf- und absteigender Linie, ohne Unterschied des Grades verstanden wissen will.

Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 1. §. 40.

und wie man hierfür auch Stellen der Bremischen Statute und Verordnungen anziehen könnte. Sie machen ferner die Analogie des juristischen Sprachgebrauchs bei dem Worte liberi geltend, welches, obwohl es dieselbe Amphibolie wie das deutsche Wort „Kinder“ hat, doch gleichförmig in der weiteren Bedeutung für alle Descendenten verstanden wird,

Fr. 56. §. 1; fr. 220 pr. D. de verb. sign. (50, 16); fr. 15 D. de pollicit. (50, 12); fr. 1. §. 1 D. de leg. praest. (37, 5); fr. 6 D. de testam. tut. (26, 2); fr. 2. §. 7 D. de excus. (27, 1); fr. 10. §. 9 D. de in jus voc. (2, 4),

wenn nicht aus den Umständen eine andere Meinung des Disponenten hervorgeht. Diese Bestimmung sei auf das deutsche Wort „Kinder“, ohngeachtet einer verschiedenartigen Etymologie beider Ausdrücke, doch analog anwendbar, weil die Entscheidung des römischen Rechts weniger auf etymologischen Gründen als darauf zu beruhen scheine, daß man sich da, wo man die ausgedehntere Disposition beabsichtigt, eher des currenten, wenn auch doppelsinnigen Wortes bediene, während man da, wo nur der engere Sinn gemeint ist, eher den Doppelsinn jenes Wortes bedenke, und deshalb einen andern nur für den engern Sinn geeigneten Ausdruck zu wählen pflege;

---

*) Wenn auch im Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten kaum ein Streit obwaltet, indem der Präsumtivwille des Erblassers allemal annehmen läßt, daß auch Kindeskinder unter dem Ausdruck Kinder begriffen seien.

L. 201. L. 220. § 1 de verb. sign. 50, 16.
Holzschuher Th. 2. Abth. 1. S. 653.

so erscheint in der Seitenverwandtschaft die Sache um so zweifelhafter.

und weil das römische Recht überhaupt sich dahin neige, der weiteren Bedeutung des Worts den Vorzug zu geben. So außer liberi bei dem Worte servi, was auch die Sklavinnen, bei parentes, was alle Ascendenten, bei pecunia, welches in der juristischen Kunstsprache alles Vermögen, nicht bloß das Geld bezeichne; wie diese Gründe ganz besonders von

Cramer, rechtl. Gutachten in S. w. Plessen auf Sierhagen u. w. Plessen auf Wohlstraf. Kiel 1812. S. 23—35, und den dort Allegirten

ausgeführt worden sind.

Dieser Gründe ungeachtet ist aber doch der Meinung, daß im Zweifel der deutsche Ausdruck „Kinder" nur von Kindern ersten Grades, den Söhnen und Töchtern zu verstehen sei, der Vorzug zu geben. Denn im Zweifel ist ein Wort in der gewöhnlichen Bedeutung zu verstehen, sei dieselbe die weitere oder die engere; bei dem Worte „Kinder" aber ist die engere Bedeutung die gewöhnliche. Das bringt zuvörderst die Abstammung des Wortes, welches von „Kinnen" oder „Kennen" d. h. „Erzeugen" herstammt, mit sich.

Wachter in glossar. s. v. Kind.

Adelung im Wörterbuch sup. ead. voce.

Vgl. Schilter, glossar. teuton. s. v. Chind, Chinen.

Die Abstammung des Wortes deutet also gleich dem lateinischen „natus" und dem „γεννητος" nur auf die Erzeugten, den Sohn und die Tochter hin. Die Abstammung eines Wortes ist aber immer ein sehr erhebliches Moment zur Auffindung seiner wahren Bedeutung, die doch im Zweifel als die gewöhnliche angenommen werden muß. Zwar kann dieses Moment nicht weiter in Betracht kommen, wenn, wie häufig geschieht, die etymologische Bedeutung von dem Sprachgebrauche entschieden verlassen worden ist. Bei dem Worte „Kinder" ist dieses aber, selbst in der juristischen Kunstsprache, sicher nicht der Fall, vielmehr dient der wirkliche Gebrauch zur Unterstützung des soeben angegebenen Resultats. Zuvörderst bezeugt

Adelung a. a. O.,

daß der Ausdruck „Kinder" für die gesammte Descendenz einer Person genommen, eine veraltete Bedeutung sei, und man muß ihm gewiß beipflichten, daß in schlichter Prosa jetzt Niemand mehr von Kindern Israel redet. Aber auch in den eigentlichen Verwandtschaftsverhältnissen, wobei man auf den Grad sieht, verbindet man gewöhnlich mit dem Worte keine weitere Bedeutung als die von Söhnen und Töchtern. Will man ein Privilegium als nicht bloß der Person, sondern auch deren Descendenten ertheilt bezeichnen, so sagt man nicht, es sei dem Mann für sich und seine Kinder, sondern es sei ihm und seinen Erben, ihm und Nachkommen ertheilt. Auf die Frage nach der Zahl seiner Kinder wird Niemand die seiner Enkel mit angeben, und ebenso werden die Ausdrücke in vielen anderen ähnlichen Verhältnissen gewählt. Dieses ist denn auch von sehr vielen, namentlich neueren Schriftstellern anerkannt. Zwar wird nun in Gesetzen und Dispositionen öfters der Ausdruck „Kinder" gefunden, wo man doch kein Bedenken trägt, die Verfügung auf die entfernteren Descendenten mit anzuwenden; allein das kömmt doch in der Regel nur in solchen Fällen vor, wo gewöhnlich bloß Söhne und Töchter vorhanden sind und daher nur dieser Fall bedacht und darnach die Ausdrücke gewählt wurden. Wendet man nun dem ungeachtet solche Verfügungen in einem weiteren Umfange an, so geschieht das nicht, weil schon die Worte derselben diesen weiteren Sinn geben, sondern weil die Gleichheit des Grundes auf eine Ausdehnung der Vorschrift führt. . . . . Gegen das bisher Ausgeführte könnte die Analogie des lateinischen Worts „liberi", welches seiner Ableitung nach die Freien im Gegensatz der servi, die unter der potestas des pater familias standen, bezeichnet, mithin schon deshalb generell alle Descendenten umfaßt,

vgl. Cramer a. a. O. S. 10—13

nur dann etwas entscheiden, wenn der Gebrauch des Wortes in der weitern Bedeutung auf einer allgemeineren juristischen Regel beruhte, die auch bei uns Anwendung finden müßte. Daß dem aber nicht so sei, sondern daß die Römer das Wort liberi nur deshalb, weil das die Sprache so mit sich bringt, in der weiteren Bedeutung nehmen, giebt die Fassung der

Fr. 220 pr. de verb. sign. und fr. 6 de testam. tut. (26, 2)

sehr deutlich zu erkennen, und kann aus ähnlichen Gründen auf die andern aus der römischen Rechtssprache entlehnten Analogien kein Gewicht gelegt, und die Regel, daß man doppelsinnige Worte im Zweifel in der weiteren Bedeutung nehmen müsse, als richtig durchaus nicht zugegeben werden. Am wenigsten aber läßt sich daraus etwas folgern, daß servus und ähnliche Worte auch das weibliche Geschlecht mitbezeichnen; denn das thun sie nur da, wo es nicht auf den Gegensatz der Geschlechter und der species, sondern auf den der species gegen andere species ankömmt, und ist das hier offenbar nur durch das praktische Bedürfniß der Kürze des Ausdrucks veranlaßt.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31. Oct. 1826, in S. Offelsheimer w. Schultzische Kinder und Kindeskinder. Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 133.

Präjudiz 2.

Es ist wohl nicht zu leugnen, daß der allgemeine Sprachgebrauch sowohl in der deutschen als in der lateinischen, und vielleicht in jeder Sprache eine doppelte Bedeutung des Ausdrucks „Erben" mit sich bringe, nämlich eine weitere und eine engere, wovon die erstere den Begriff auf die unmittelbaren Erbfolger beschränkt, die letztere hingegen alle diejenigen unter sich begreift, welche in die transmissiblen Rechte und Verbindlichkeiten einer Person nach deren Tode universaliter eintreten, sei es unmittelbar oder successive, — etiam per multas successiones, wie es in dem fr. 70 pr. de verb. sign. heißt.

Der Sprachgebrauch allein dürfte daher nicht entscheiden, wenn in abstracto die Frage aufgestellt würde, ob unter Jemandes Erben bloß die nächsten oder auch die mittelbaren mit zu verstehen seien. Vielmehr wird in jedem einzelnen Falle immer auf den Zusammenhang zu sehen sein, in welchem der Ausdruck vorkommt, und auf die sonstigen Umstände, aus denen sich die Meinung erkennen läßt, welche beim Gebrauche des Wortes in dieser Hinsicht stattgefunden hat. Allein hierbei kann man zuvörderst das als wirkliche Regel betrachten, die den die einschlagenden Fälle betreffenden gesetzlichen Bestimmungen überall zum Grunde liegt, daß da, wo in einer letztwilligen Disposition die Rede ist von „Erben" in Beziehung auf Personen, die solches Prädicat nicht unmittelbar durch diese Disposition selbst, — durch die darin geschehene heredis institutio — erhalten, und wo daher die Anwendbarkeit des Ausdrucks zunächst nicht dependirt von der Succession in den Nachlaß des disponirenden Erblassers, sondern von der Succession in den Nachlaß eines Dritten, sei dieses der von jenem direct instituirte Erbe selbst oder ein Legatar oder wer sonst, die Benennung „Erben" immer in der weitern Bedeutung, wo sie auch die Erbes-Erben unter sich begreift, zu verstehen sei, dafern nicht dieselbe durch eine hinzugefügte nähere Bestimmung oder andere Gründe besonders beschränkt ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28. Febr. 1826, in S. Schwanewedel u. Cons. w. Pape. Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 66.

Präjudiz 3.

In einem gegebenen Falle wurde, in Erwägung besonderer Umstände, welche auf den Willen der Erblasserin schließen ließen, oberstrichterlich angenommen, daß die von den Klägern behauptete Auslegung der in dem Testamente der Wittwe K. bei dem Legate eines Verschollenen gemachten Substitution

„oder dessen Erben",

nach welcher hierunter nur Leibeserben des Verschollenen, Kinder und fernere Descendenten, nicht aber Erben in der Seitenlinie zu verstehen seien, sich als die richtige darstelle. Dabei bemerken die Motive:

„Das Wort „Erben" hat sowohl im täglichen Leben, als auch nach dem juristischen Sprachgebrauche zwei verschiedene Bedeutungen, eine weitere, wonach dasselbe mit dem Begriffe heredes des römischen Rechts, und eine engere, wonach es mit Kindern und Nachkommen gleichbedeutend ist,

s. die Wörterbücher von Adelung, Campe und Heinsius, unter dem Wort „Erbe" und Glück, Erläuter. der Pandekt. (2. Aufl.) Th. 1. S. 568.

wie denn namentlich der Ausdruck „beerbte Ehe" für eine Ehe, in welcher Kinder erzeugt sind, und in mehreren Gesetzbüchern das Wort „Erben" in dem obigen engeren Sinn gebraucht wird;

z. B. in der älteren Nürnberger Reformation von 1522. Tit. 14. Gesetz 3.
und
in der Nassau-Katzenelnbogen'schen Landesordnung von 1616. Th. 4. Cap. 2. §. 1.

Wenn daher in einer letztwilligen Verfügung das Wort „Erben“ als eine Bezeichnung gewisser Personen vorkommt, so ist theils nach den allgemeinen Interpretationsregeln, theils nach den concreten Wahrscheinlichkeitsgründen zu beurtheilen, ob der Testirer sich des Ausdrucks in dem weiteren oder in dem engern Sinne bedient habe, ohne daß es eines Beweises der positiven Thatsache bedarf, daß seine Absicht dieses letztere gewesen sei.

Fr. 24 de rebus dubiis (34, 5).“

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 14. Januar 1851, in der Frankfurter Sache Höffler's Kinder resp. deren Rechtsnachfolger w. J. Diehl als Curator des verschollenen L. C. Siegler, und w. J. C. Siegler und B. Thomann's Wittwe, Legat betr.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 65.

Präjudiz 4.

In einer Rechtssache kam es auch zur Erörterung der Frage, ob nicht den klagenden Testamentserben der Wittwe des Theobald H. ein Recht aus dem Testamente zustehe, ob sie durch die Worte:

„soll dieser Garten u. s. w. meinem Sohne Theobald und dessen Erben — zur Hälfte — wieder anheimfallen“

dem Theobald H. in dem Fideicommisse substituirt sind.

Dies kann aber nicht (sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung) als die muthmaßliche Absicht des Testators angenommen werden. Das deutsche Wort „Erben“ hat nämlich bekanntlich zwei verschiedene Bedeutungen: eine weitere, in welcher es denselben Sinn wie das lateinische Wort heredes hat, und eine engere, worin es nur die Leibeserben, Kinder und Nachkommen bezeichnet.

Vgl. die Wörterbücher von Adelung, Campe und Heinsius unter dem Wort „Erbe“.

Der Testator kann also dasselbe auch in dieser zweiten Bedeutung gebraucht haben, und daß solches wirklich geschehen sei, dafür sprechen drei überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe.

a) Er hat in seinem Testamente da, wo er seine drei Kinder zu seinen Erben eingesetzt, und bei einer jeden von diesen Erbeinsetzungen eine Substitution hinzugefügt hat, sich eben derselben Worte „und dessen Erben — und deren Erben“ bedient. Hier ist nun das Wort Erben gewiß so auszulegen, daß darunter nur die Leibeserben verstanden sind; denn wenn ein Vater seine mehreren Kinder zu seinen Erben einsetzt, so ist es auf der einen Seite etwas sehr Gewöhnliches und um eine Ruption des Testaments zu verhüten, Nothwendiges, daß er einem jeden Kinde dessen weitere Descendenten substituirt; und auf der anderen Seite läßt es sich gar nicht denken, daß er die Absicht gehabt hätte, es sollten fremde Personen, welche zufälligerweise die Testamentserben des einen Kindes sind, statt dieses Kindes mit seinen übrigen Kindern in seinem Nachlasse concurriren. Hat er aber das Wort bei der Erbeinsetzung in diesem Sinne gebraucht, so ist anzunehmen, daß er dies auch nachher bei dem Fideicommisse gethan habe, welches gleichfalls zum Besten von zwei seiner Kinder verordnet ist, und wobei das Wort in eben demselben Zusammenhange — als Substitution — vorkommt.

Ferner b) geht daraus, daß der Testator bei dem Fideicommisse, während er bei seiner eignen Beerbung andere Theile gemacht, und die Tochter Christina vor dem Sohne Theobald begünstigt hatte, den Anfall der Grundstücke nach dem Tode des Sohnes Heinrich an dessen beide Geschwister zu gleichen Theilen verordnet hat, sowie auch selbst aus der dabei gebrauchten Wortfassung „und diese solchergestalt ihren Bruder beerben“ keine Idee hervor, daß dieser Anfall in der Maaße geschehen solle, als wenn Heinrich Huntemann in den Grundstücken ab intestato beerbt werde; was denn wieder dahin führt, unter den substituirten Erben nur die Kinder — Leibeserben — der Geschwister zu verstehen, welche in das Intestaterbrecht ihres parens eingetreten sein würden.

Endlich c) würde, wenn man unter dem Ausdrucke „Erben“ auch fremde Erben der Kinder des Testirers verstehen wollte, daraus, wie gerade der hier vorliegende Fall zeigt, das Resultat entstehen, daß dem Testirer völlig fremde Personen den eigenen Nachkommen desselben vorgehen würden, welches doch schwerlich als sein Wille angenommen werden kann.

Diese concreten Gründe für die muthmaßliche Absicht des Testators müssen, zumal bei einem Fideicommisse,

C. 16 de fideicomm. (6, 42),

den Vorzug vor der bloß grammatischen Rücksicht behalten, daß die gedachte zweite Bedeutung des Wortes Erben nach dem streng juristischen Sprachgebrauche nur eine uneigentliche ist; und sie werden auch noch durch die Billigkeit unterstützt.

Demnach sind die von dem Kläger vertretenen Personen durch die fideicommissarische Verfügung überall nicht berufen, sondern das Fideicommiß ist durch den kinderlosen Tod des Theobald Huntemann zur Hälfte erloschen, und diese Hälfte verbleibt nunmehr der Beklagten als Erbin des Heinrich Huntemann, da die legirten Gegenstände in so weit ein Theil seines freien vererbbaren Vermögens geworden sind. . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. Dec. 1836, in der Bremer Sache Dr. Droste als Testamentsexecutor von Theobald Huntemann w. Christina Huntemann.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 158.

Präjudiz 5.

Unter dem Ausdrucke „Kinder“ versteht man in der deutschen Sprache bald Söhne und Töchter, bald auch Enkel und weitere Nachkommen. In gleich verschiedener Weise ist in den Quellen des recipirten Rechts von „filii“ die Rede. Bei letztwilligen Verfügungen sind aber vermöge einer in fr. 220. §. 1 de verb. sign. (50, 16) aufgestellten (heute noch geltenden), gesetzlichen Vermuthung unter Kinder (filii) auch Enkel zu verstehen, so lange nicht eine andere Absicht des Verfügenden ersichtlich ist. Wird daher behauptet, es seien mit dem in einer letztwilligen Disposition gebrauchten Ausdrucke „Geschwisterkinder“ nur die Söhne und Töchter der Geschwister gemeint, so muß dieses Anführen zum Beweise verstellt werden.

Erk. des OAG. zu Celle 1848, i. S. Bodecker w. Jakob, wegen Erbschaft.

Für dieselbe Ansicht liegt aus neuester Zeit ein Erk. des OAG. zu Dresden vor, in dessen Motiven außer dem angeführten fr. 220 noch §. 1 Inst. qui test. tut. (1, 14); fr. 48 solut. matrim. (24, 3); fr. 6 D. de test. tut. (26, 2); fr. 56. §. 1; fr. 84, 104, 201 D. de verb. sign. und C. 1 de condit. insert. (6, 46) in Bezug genommen sind. Dabei wird unter Anderem bemerkt:

1) Aus fr. 122 D. de verb. sign. (50, 16) rechtfertigt sich die Meinung nicht, daß allemal eine quaestio voluntatis vorliege, wenn es sich darum fragt, ob unter dem Ausdruck „Kinder“ bloß die Descendenten des ersten Grades, oder auch entferntere zu verstehen seien. Das fr. 122 handelt bloß von dem ganz besonderen Falle, wenn ein Testator verordnet hat: „filia filiisque meis hosce tutores do,“ und Zweifel entsteht, ob er die Vormünder bloß für seine Söhne, oder für seine Kinder überhaupt ernannt, daher das Wort „filii“ anstatt des Wortes „liberi“ gebraucht und damit auch seine Töchter gemeint habe. In diesem Falle liegt zufolge des fr. 122 nicht sowohl eine Rechtsfrage vor, als vielmehr nach den thatsächlichen Umständen zu prüfen ist, was der Testator wahrscheinlich gewollt hatte. Nach fr. 220 de verb. sign. und C. 1 de cond. insert. („nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur“) streitet aber eine bis zum Beweise des Gegentheils geltende Vermuthung dafür, daß der Testator unter den liberis auch die nepotes gemeint habe; dem, welcher behauptet, daß der Testator einer andern Willensmeinung gewesen sei, liegt die thatsächliche Begründung einer solchen Behauptung nebst deren Beweise ob.

2) Daß dieser Satz bloß da Anwendung finde, wo Jemand von seinen Kindern spricht, läßt sich aus den Quellen nicht begründen. In den allegirten Stellen wird der Satz als ein allgemein geltender, nicht als ein auf bezeugten Fall beschränkter bezeichnet. Vom Juristen Callistratus werden in fr. 220 pr. §. 1 und 2 als Gründe für den im All-

gemeinen geltenden Satz das Zwölftafelgesetz, die Meinung anderer Rechtslehrer und ein kaiserliches Rescript angeführt; nur nebenbei fügt er im §. 3 noch hinzu, daß über dies Alles in dem Falle, wo Jemand von seinen Kindern spreche, auch das natürliche Gefühl den Satz rechtfertige.

3) Dem deutschen Sprachgebrauche widerstreitet es keineswegs, zu präsumiren, es habe ein Testator, welcher seinen oder eines Andern Kindern, ohne Beifügung einer specielleren Bezeichnung, etwas beschieden hat, damit keine Beschränkung auf die Descendenten ersten Grades aussprechen, sondern die bei seinem Ableben vorhandenen Descendenten überhaupt bedenken wollen . . : . Auch die Gesetzbücher deutscher Staaten (z. B. das preuß. LR. v. 1794 Th. 1. Tit. 1. §. 40; Tit. 12. §. 526 f. und das österr. bürgerl. Gesetzbuch v. 1811 §. 681) haben in dem deutschen Sprachgebrauch keinen Anstoß dagegen erblickt, das Wort „Kinder" bei letztwilligen Verfügungen in einer weiteren als der auf die Descendenten ersten Grades beschränkten Bedeutung aufzufassen.

Bei der fraglichen Vorschrift wird übrigens

4) unverkennbar davon ausgegangen, es werde in der Bezeichnung des Honorirten mit dem Worte „Kinder" die Absicht des Erblassers ausgesprochen, daß, dafern die Kinder, oder eines von ihnen, seinen Tod nicht erlebten, die Enkel oder die Descendenten entfernterer Grade an die Stelle des verstorbenen Kindes treten, d. h. nach Art einer Substitution zusammen denjenigen Erbtheil oder Betrag erhalten sollen, welcher dem von ihnen vertretenen Kinde näheren Grades, wenn es den Erblasser überlebt hätte, zugefallen wäre. Wollte man ein Anderes annehmen, so würde dies, insonderheit bei der Aussetzung von Vermächtnissen in der hier vorliegenden Weise, zu der Annahme führen, der Erblasser habe nicht bloß in Bezug auf die subjective Berechtigung der Honorirten, des diese nicht speciell benennenden, vielmehr nur nach dem Verwandtschaftsverhältnisse bezeichnenden Wortes „Kinder" sich bedient, sondern auch objectiv das Vermächtniß unbestimmt lassen, und den Betrag, wozu er die onerirten Erben verpflichtet, zu deren möglicherweise bedeutenden Belastung davon abhängig machen wollen, ob einer oder einige der Descendenten ersten Grades vor ihm (mit oder) ohne Hinterlassung mehr oder minder zahlreicher Nachkommenschaft verstürben. Hat der Erblasser verfügt, seine Erben sollten jenem Kinde eines Seitenverwandten oder anderen ein Vermächtniß von 100 Thalern . . . . auszahlen, so ist anzunehmen, er habe seine Erben nicht mit mehr oneriren wollen, als mit dem zu Gewährung dieser Vermächtnisse an die Kinder im engeren Sinne nöthigen Betrage. Auch würde außerdem eine große Ungleichheit in Bezug auf die Honorirten eintreten können, welche gewiß nicht in der Absicht des Erblassers gelegen war.

5) Daß etwa ein Kind entfernteren Grades von seiner Mutter außer der Ehe geboren worden, macht keinen Unterschied, indem ein außer der Ehe geborenes Kind zwar nicht zu der Familie des Vaters gehört, doch im Verhältnisse zu seiner Mutter einem ehelichen gleich zu achten ist. . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom 3. Oct. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 183.

Präjudiz 6.

Gegen das vorstehend im Auszuge mitgetheilte Erkennt. des OAG. zu Dresden vom 3. Oct. 1854 wurde ein weiteres Rechtsmittel eingewendet, welches zu einem abändernden Urtheil führte. Aus dessen Motiven entnehmen wir was folgt:

Obschon unter der Benennung Kinder in der Regel alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen werden, so kann man doch, wenn es sich um Auslegung einer zweifelhaften testamentarischen Verfügung handelt, von dieser Bestimmung nicht so ohne weiteres ausgehen, sondern hat vor allen Dingen zu erwägen, ob den gebrauchten Worten und den einschlagenden Verhältnissen nach, welche der Testirer hiebei möglicherweise vor Augen gehabt hat, auch anzunehmen sei, daß eine solche Auslegung seiner Willensmeinung wirklich entspreche. (Für den gegebenen Fall gelangte die weitere Erörterung zur Verneinung der Frage.)

Erk. des OAG. zu Dresden v. 12. April 1855.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nachtrag zu Nr. 183. S. 320.

Präjudiz 7.

In dem am 17. Juni 1836 errichteten wechselseitigen Testamente zwischen Joseph E. und seiner Ehefrau Anna war bestimmt, daß der überlebende Theil in dem ruhigen Besitz des ganzen Vermögens bis zu seinem Tode verbleiben soll, nach diesem aber das ganze vorhandene Vermögen auf die nächsten beiderseitigen Verwandten zu gleichen Theilen übergehen soll, so daß die eine Hälfte die nächsten Verwandten des Mannes, die andere Hälfte die nächsten Verwandten der Frau erhalten.

Dafür nun, daß der Ausdruck „nächste Verwandte" auch auf die Geschwisterkinder der Anna E. zu beziehen und nicht auf deren Geschwister zu beschränken sei, sprechen (nach den oberstrichterlichen Motiven) nachstehende Erwägungen.

1) Der Zweck des Testamentes vom 17. Juni 1836 ist zunächst die Disposition zu Gunsten des Ueberlebenden, und die künftige gleichheitliche Theilung des Vermögens zwischen den beiderseitigen Verwandten.

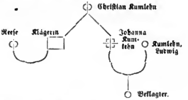
2) Der Ausdruck „nächste Verwandte" sollte weiter gehen als der „Geschwister"; sonst und bei entgegenstehender Intention wäre wohl der letzte gewählt worden; die Wahl des unbestimmten Ausdruckes „nächste Verwandte" geschah um deswillen, weil in der Person der zur Zeit der Testamentserrichtung Vorhandenen Veränderungen vorgehen konnten, denen die Erblasser einen Einfluß auf ihre Beerbung zu gestatten nicht gemeint waren.

3) Der zuletzt verstorbene Joseph E. hat in seinem Testamente vom 4. Febr. 1853 seinen Willen selbst dahin erklärt, daß die Intestaterbfolge eintreten solle, und als „seine nächsten Intestaterben" seine „Geschwister und Geschwisterkinder" bezeichnet.

Erk. des OAG. zu München vom 8. April 1856, N. R. 943. 1854 55.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 269.

Präjudiz 8.

Christian Kumlehn in Holzminden hatte von Korvey lange Zeit eine gewisse Quantität Länderei (wahrscheinlich zu Erbpacht ausgegeben) gegen Entrichtung von 15 Thlr. jährl. im Besitz gehabt. Nachdem er wegen rückständiger Pacht seiner Vorgänger von mehreren Jahren von Korvey verklagt worden war, bezahlte er diese, und man gab ihm die Versicherung, daß, sobald alljährlich jene 15 Thlr. pünktlich bezahlt würden, er und die Seinigen die fragliche Länderei stets behalten sollten.



In der Appellations-Sache Kumlehn wider Reese wird für Recht erkannt:

Es läßt sich nicht deduciren, daß dem weil. Meldenheuer Christian Kumlehn die fragliche Länderei meierweise verliehen und eingethan worden. In dem wider ihn von Christ. Manegold geführten Processe hat er daselbst angegeben, daß das Stift Korvey Eigenthümer der fraglichen Länderei sei, daß er sie, als dessen Zeitpächter, titulo simplicis locationis besitze, und es ist dem Kläger (Manegold), nachdem sich die Rentkammer zu Korvey dem Beklagten intervenirend angeschlossen, das Meierrecht durch das Erkenntniß der Justiz-Canzlei vom 9. Januar 1786 rechtskräftig abgesprochen. Auch würde das etwa vorhandene Meierrecht dem Ludwig Kumlehn'schen Sohne, der Klägerin gegenüber, kein ausschließliches, und da derselbe von Christian Kumlehn, seinem Großvater, durch dessen zweite Tochter abstammt, nicht einmal ein vorzüglicheres Recht auf die Benutzung der streitigen Grundstücke gewähren.

Dagegen hat gedachter Christian Kumlehn in dem von der Rentkammer zu Korvey im Jahre 1793 wider ihn

erhobenen Processe zwar kein eigentliches Meierrecht an der Länderei in Anspruch genommen, wohl aber, daß er solche auf meierstättische Art überkommen und daß ihm ein über die gewöhnliche Dauer hinausgehendes (Erb-)Pachtrecht zugestanden sei, behauptet, indem ihm von dem damaligen Kammerpräsidenten von Koster zugleich versprochen worden:

> daß ihm und den Seinigen, so lange sie praestanda prästiren würden, die eingethanen Grundstücke nicht wieder genommen werden sollten,

auch den in letzter Hinsicht durch das rechtskräftige Interlocut vom 20. Sept. 1793 ihm auferlegten Beweis durch den Erfüllungseid geführt.

Das römische Recht versteht unter sui, Seinigen, verschieden von den suis heredibus, parentes, liberos, patronos, eorumque filios, filias, nepotes, neptes, consobrinos,

> L. 8. 12. 19 Cod. qui accus. non (9, 1), vergl. mit L. 1 de accusat. (48, 1),

also propinquos, und der deutsche Ausdruck „die Seinigen“ umfaßt seinem natürlichen Wortsinne nach jedenfalls nicht bloß Descendenten des ersten Grades, also nicht bloß Kinder im engern Sinne, sondern auch Kindeskinder, Enkel u. s. w., Nachkommen überhaupt, und wenn hiernächst in dem laut Bescheides vom 23. Aug. 1796 purificirten Erkenntnisse vom 3. Juni 1794 die Worte: „Beklagter (Kumlehn) und die Seinigen“ seien bei der Pacht gegen Erlegung des bisherigen locarii fernerhin zu schützen, mit der Erklärung, das ist, dahin gedeutet worden,

> so lange Beklagter und seine Kinder leben würden, der verheißene Schutz dauern solle, so müssen die Worte: Kinder und die Seinigen für gleichbedeutend genommen werden, indem die Frage, welche Personen unter den Seinigen begriffen, unter den Parteien nicht verhandelt, und nicht zu entscheiden, auch überall kein Grund vorhanden war, die Seinigen auf Descendenten des ersten Grades einzuschränken.

Dem substituirten Erläuterungsworte „Kinder“ kann mithin dieser engere Sinn nicht gegeben werden und ist vielmehr dessen eigentliche Bedeutung aus dem der Worte „die Seinigen“ zu entnehmen.

Auch unter dem Worte liberi sind Kinder jedes Grades begriffen,

> L. 220 de verb. sign.,

und wenn schon es streitig ist, ob dasselbe auf das Wort „Kinder“ zu übertragen sei, wie von einigen Rechtslehrern

> Biener, opusc. acad. I. pag. 392.
> Gottschalk, discept. for. III. 4.

bejahet, — von andern

> Pufendorf III. 4.
> Grupen, discept. for. pag. 18 sq. 27 sq.

verneint wird, so ist doch unzweifelhaft die Auslegung eines zweiseitigen Geschäfts nach der eigentlichen Absicht der Contrahenten zu machen,

> L. 219 de verb. sign.,

und da nichts dafür spricht, daß der Kammerpräsident von Koster oder obgedachter Kumlehn unter den Seinigen bloß Descendenten des ersten Grades verstanden haben, und eine etwaige Unbestimmtheit wider die Korvey'sche Rentkammer,

> L. 39 de pactis.
> L. 172 de reg. jur.
> L. 21. 23 de contr. emt. vend.

und zum Vortheile des Kumlehn,

> L. 66 D. de judic. (5, 1)
> L. 12 D. de reb. dubiis (34, 5)

zu deuten gewesen sein würde, so kann der ohnehin unbefugten Umschreibung des Erkenntnisses vom 3. Juni 1794 ein beschränkterer Sinn um so weniger untergelegt werden.

Ist daher die Klage nebst der Intervention abzuweisen, so folgt noch nicht, daß in Ermangelung eines anderweiten Grundes der Pupill der Beklagten allein das Recht zur Benutzung der fraglichen Länderei hat und befugt ist, die Klägerin ganz davon auszuschließen. Diese etwaige Mitberechtigung der Klägerin, welche sich auf ihr Erbrecht an dem Nachlasse des Vaters, resp. Großvaters, Christian Kumlehn, stützen und ihr mindestens eine Abfindung sichern würde, ist indeß nicht Gegenstand der Klage und also auch nicht der gegenwärtigen Entscheidung.

Es wird erkannt,

> daß das Erkenntniß H. Kreisgerichts Holzminden aufzuheben, und unter Verurtheilung der Appellatin in die Kosten, die Klage und Intervention nicht stattfinde.

Landesgericht Wolfenbüttel, den 15. März 1836.

Bestätigt durch den Bescheid des OAG. vom 7. Juni 1836.

Siehe auch: legata verbis precativis relicta Nr. 3.

II.

Streitig ist, wie der Fall zu beurtheilen sei, wenn der Testirer der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzufügen wollte, dies aber zu thun unterlassen hat. Vergl. L. 9. §. 5 D. d. hered. inst. u. L. 8 C. de inst. et subst.*)

Einige meinen, die beiden allegirten Gesetze seien nicht zu vereinigen, und es sei deshalb die L. 8 cit. so aufzufassen, daß Justinian dadurch eine unter den Juristen streitige Frage gegen die in den Pandekten vorgetragene Ansicht des Marcellus dahin entschieden habe, daß das Testament aufrecht zu erhalten und die Einsetzung für eine unbedingte zu halten sei.

> Brunnemann in comment. ad L. 8 C. de inst. et subst.

Andere meinen, es bestehe gar kein Widerspruch zwischen diesen Gesetzen, sondern aus dem ganzen Wesen und der Natur sei die Anordnung so aufzufassen, daß die Verfügung dann, als eine unvollständige, nichtig sei, wenn der Testator erweislicher Maßen eine Bedingung hinzufügen, davon die Verfügung abhängig machen wollte, und die Bedingung nicht hinzufügte.

> Sintenis, Civilr. §. 171. S. 404 und Not. 46 das.
> Holacker, princ. jur. civ. §. 1326.
> Westphal, von Testam. §. 19.
> Mühlenbruch, Lehrb. §. 646. Not. 3.

Andere wollen die L. 8 Cod. cit. gar nicht von Bedingungen, sondern von einem modus verstehen.

> Surwey im civ. Archiv Bd. 29. S. 191.

Ueber verschiedene andere Erklärungsversuche s.

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 423 f.

Aussteuer, Collation derselben, s. Collationspflicht c. 13.

---

*) L. 9. §. 5 D. de hered. inst. 28, 5: Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.

L. 8 C. de instit. et subst. 6, 25: Si testamentum ita scriptum inveniatur: ille heres esto secundum conditiones infra scriptas, si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem etc.

B.

Baarschaften, ob sie zu den beweglichen Sachen gehören, s. legatum einer universitas rerum c. 1.

Bedingte Erbeseinsetzung, s. auch substitutio vulgaris c. 2.

Bedingtes Erbrecht, dessen Transmission, s. Transmissionsfälle A. c. 3 und 4.

Bedingtes Legat, s. legatum dotis constituendae c. 1.

Bedingte Vermächtnisse, Caution dabei, s. cautio legator. serv. c. 3.

Bedingung, welche der Testator hinzufügen wollte und es unterließ, s. Auslegung letzter Willensordnungen c. 2.

— — — bei Erbeseinsetzung, s. Erbeseinsetzung c. 1 und 2.

— — — bei Erbschaftsantretung, s. Erwerb des Erbrechts c. 10.

— — — oder modus? s. Bedingung c. 8 und modus c. 1.

Bedingung.

Donellus, Comm. lib. 8. c. 30—34.
Sell, die Lehre von den unmögl. Bed. Th. 2.
Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 17.
Averanii interpret. jur. civ.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 761.
Arndts das. Bd. 3. S. 927.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 434.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 45 f.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. S. 426 f. u. 723 f.

I.

Früher wurde allgemein die Regel aufgestellt, daß ein Erbe unter einer auflösenden Bedingung nicht eingesetzt werden könne; den Hauptgrund entlehnte man aus L. 88 D. de hered. inst.: Non potest efficere, ut qui semel heres, desinat heres esse. Freilich gab man zu, daß diese Regel durch das von Justinian in seinem ganzen Umfange wieder hergestellte SC. Trebell. in Betreff der Universalfideicommisse etwas modificirt sei; allein man leugnete doch, daß damit die alte Regel, als solche, wegfalle, indem bei Fideicommissen der restituirende Fiduciar doch sofort einen Stellvertreter bekomme; mit der allgemeinen Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung aber auch die Möglichkeit gegeben sei, daß die angetretene Erbschaft aufs Neue vacans et jacens werde.

Streitig ist nun, ob die ältere Regel in der Praxis anzuwenden sei.

Einige meinen, sowohl bei dem Legate als der heredis institutio müsse die zugefügte Resolutivbedingung in die entgegengesetzte suspensive verwandelt werden, wovon die Folge sei, daß heutzutage die Resolutivbedingung bei Erbeseinsetzungen nicht etwa für nicht hinzugefügt zu halten sei, sondern als Suspensivbedingung erfüllt werden müsse. Die Gründe sind im Wesentlichen folgende:

Für das Legat sei nicht nur ausdrücklich anerkannt, daß die Resolutivbedingung keine resolvirende Kraft habe, L. 25 D. de leg. I., sondern es sei auch jene Umwandlung derselben in die umgekehrte suspensive Bedingung deutlich vorgeschrieben in L. 10. L. 14 D. de adim. vel transf. leg. 34, 3. L. 107 fin. D. de condit. et demonstr. 35, 1. L. 6 pr. D. quando dies leg. 36, 2. Dem stehe auch die L. 26 C. de leg. 6, 37 nicht entgegen, denn dort sei nicht von einem bedingten, sondern von einem betagten Legate die Rede, und auch früher habe man kein tempus ad quod dem Legate zufügen können. L. 44. §. 1 D. de obl. et act. 44, 7.

Für die Erbeinsetzung fehle es zwar an so ausdrücklichen Vorschriften wie bei Legaten (vgl. jedoch §. 9 Inst. de hered. inst. L. un. C. de his quae poenae nomine). Da es aber ausdrücklich anerkannt sei, daß Bedingungen mehr dem Willen des Testators gemäß, als nach den Worten auszulegen seien, L. 19 pr. L. 101 pr. D. de cond. et demonstr., so müsse man die Bedingung, z. B. Titius soll Erbe sein, bis der oder jener Umstand eintritt, allerdings nicht buchstäblich nehmen, weil da L. 88 D. de hered. inst. entgegenstehe, sondern sie sei so auszulegen, als ob der Erblasser gesagt habe: Titius soll Erbe sein, wenn der oder jener Umstand nicht eintritt; denn praktisch sei es ziemlich einerlei, ob Jemand etwas sogleich erhalte, und bei eintretender Resolutivbedingung mit allen Nutzungen herausgeben müsse, oder ob er erst bei eintretender Suspensivbedingung erwerbe, dann aber rückwärts mit allen Nutzungen. Nicht nur die Natur der Sache spreche für eine solche Umwandelung der Resolutivbedingung bei Erbeseinsetzungen, sondern auch sehr dringend die Legatentheorie.

Wening-Ingenheim im civ. Archiv Bd. 1. Nr. 9.
Zimmern das. Bd. 7. Nr. 7.
Schweppe, röm. Priv.-R. Bd. 5. S. 64.

Andere meinen, die angebliche gesetzliche Vorschrift jener behaupteten Umkehrung bei Vermächtnissen beruhe auf einem Mißverständnisse. Sämmtliche citirte Gesetze redeten nur von einer bedingten ademtio, nicht aber von Resolutivbedingungen. Solche bedingte ademtio sei z. B. vorhanden, wenn der Erblasser sagte: ich vermache dem Titius 100 — nachher aber hinzufügte: Titius soll die 100 nicht haben, wenn dieser oder jener Umstand eintritt. Daß dies eben soviel sei, als wenn es hieße: „Titius soll die 100 haben, wenn jener Umstand nicht eintritt," und daß also die Römer ganz der Natur der Sache gemäß erklärten, die bedingte ademtio enthalte eine datio unter einer entgegengesetzten Bedingung, sei von selbst klar. Von solcher ademtio unterscheide sich aber die Resolutivbedingung: „Titius

soll die 100 so lange haben, bis der Umstand eingetreten ist, dann solle er sie herausgeben", und daß auch bei dieser eine solche Umkehrung beliebt sei, werde durch kein Gesetz angedeutet. Es wäre vielmehr bei Legaten die Zufügung einer Resolutivbedingung früher unstatthaft gewesen, L. 55 D. de leg. I. L. 44 D. de obl. et act., und erst Justinian habe dies in L. 26 C. cit. geändert. Dies bestätige sich noch mehr dadurch, daß Justinian sage, er wolle die bei Verträgen schon geltenden Grundsätze auch auf Legate ausdehnen; bei Verträgen aber gelte die exceptio doli. L. 56. §. 4 D. de verb. obl. 45, 1. L. 44. §. 1. 2 i. f. D. de obl. et act. 44, 7.

Durch diese Deduction falle auch der Hauptgrund der neuen Theorie bei Erbeinsetzungen hinweg. Denn wenn es auch wahr sei, daß man bei letzten Willen und insbesondere bei Bedingungen mehr den Willen des Testators, als die etwa undeutlichen Worte berücksichtigen solle, so dürfe dies doch nie soweit gehen, daß man den klaren Willen, wegen entgegenstehender Gesetze, umwandele. Das Gesetz: wer einmal Erbe sei, solle nicht wieder aufhören, es zu sein, sei aber klar; und wenn also der Erblasser bestimme, es solle Jemand Erbe sein, aber bei dem Eintritte eines Umstandes aufhören, es zu sein, so gehe diese letztere Bestimmung gegen ein deutliches Gesetz, sei also nichtig.

Thibaut im civ. Archiv Bd. 5. Nr. 13. Bd. 7. Nr. 19.
Francke, Notherbenrecht S. 45. Not. 4.
Sell, die unmögl. Bed. Th. 2. S. 254.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 648 a. E.
Mackeldey, Lehrb. §. 653.
Puchta, Lehrb. §. 466.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 555.
Hartitzsch, Erbrecht §. 381.
Hunger, Erbrecht §. 80.
v. Vangerow, Pand. §. 434.

S. auch Contr. 6. Pr. 2.

II.

Man stellt allgemein die Regel auf: bei letztwilligen Verfügungen gilt die unmögliche Bedingung für nicht hinzugefügt. §. 10 Inst. de hered. inst. 2, 14. L. 3. L. fin. de cond. et dem. L. 16. L. fin. de inj. rupt. 28, 3. L. 1. L. 9. L. 14. L. 20 pr. de cond. inst. L. 104. §. 1 de leg. I. L. 5. §. 4 quando dies leg. 36, 2. L. 135 de reg. jur. **Der Grund dieser Regel wird darin gefunden, daß man bei den auf Wohlwollen des Disponenten sich gründenden letztwilligen Verfügungen eher annehmen muß, daß der Testator etwas Ueberflüssiges hinzugefügt, als daß er durch eine solche Verfügung die Disposition selbst wieder habe vernichten wollen. Es ist dabei jedoch streitig, wie es zu halten sei, wenn der Erblasser die Erfüllung einer unmöglichen Bedingung für möglich hielt.**

Einige meinen, daß dann die Bedingung nicht pro non scripta zu halten sei, weil es feststehe, daß der Erblasser nur unter der Voraussetzung ihres Eintrittes die Verfügung habe gelten lassen wollen.

Stryk, cautel. testam. cap. 16. §. 33.
Becker, conditio impossibilis, an indistincte pro non scripta habenda? (1734.)

Andere stimmen dieser Ansicht bei, aber mit der Modification, daß dem Honorirten der Beweis des Gegentheils nachzulassen sei.

Höpfner, Institut. §. 491. Not. 3.

Andere unterscheiden bei der Frage noch zwischen den schlechthin unmöglichen und den nur relativ oder zufällig unmöglichen Bedingungen, und nehmen in Ansehung der letztern an, daß diese im Falle der Kenntniß des Testirers von der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung als nicht geschrieben zu betrachten seien, wogegen, wenn der Testirer ihre Erfüllung für möglich gehalten, die Verfügung pro non scripta gelte. Zu den relativ unmöglichen rechnet man dann vorzugsweise diejenigen, deren Erfüllung für den bedingt Berechtigten unmöglich ist, nicht aber für Andere. Man beruft sich auf

arg. L. 31 D. de obl. et act.
L. 4. §. 1 D. de statu liber.
L. 6 D. de cond. inst. 28, 7.
L. 63. §. 7 D. ad SC. Treb. 36, 1.
L. 84. §. 7 und f. D. de legat. I.
L. 58 D. de cond. indeb. 12, 6.

und auf die Natur der Sache.

Höpfner, Instit. (Ausgabe von Weber) §. 491. Not. 3.
Thibaut, System §. 984.
Seuffert, Lehrb. §. 536.

Andere meinen, die Unterscheidung, ob der Erblasser darum wisse, daß die Bedingung unmöglich sei, oder ob ihm dies unbekannt gewesen, sei nicht in den Gesetzen begründet, und lassen deshalb die oben angeführte allgemeine Regel bestehen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 139 f.
v. Vangerow, Pand. §. 434.
Sell, die Lehre von den unmögl. Bed. Th. 2. S. 79 u. 199 f.
Savigny, System Bd. 3. S. 191.
Vgl. Sintenis, Civilr. §. 173. Not. 11.

III.

Ist eine Bedingung erst nach Errichtung des Testamentes unmöglich geworden, so ist dies nur ebensoviel, als wenn eine mögliche Bedingung nicht in Erfüllung geht, und der Honorirte bekommt nichts, einerlei, ob die Unmöglichkeit schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dem Tode desselben eintritt. L. 6. §. 1. L. 31. L. 72. §. 4 u. 7. L. 94 pr. de cond. et dem. L. 39. §. 4 de stat. lib. 40, 7. L. 4 C. de cond. inst. 6, 46. **Wenn aber die Unmöglichkeit bloß vorübergehend ist, so streitet man, welche Folgen dies habe.**

Einige meinen, es müßte dann bei letztwilligen Dispositionen die bei Geschäften unter Lebenden aufgestellte Regel eintreten, daß, wenn im Augenblicke des errichteten Testamentes die Unmöglichkeit vorhanden, nachher aber (nämlich bis zum Tode des Erblassers) die Bedingung möglich geworden sei, solche Bedingung nicht als non scripta gelte, sondern erfüllt werden müsse; und ebenso könne auch, wenn die Bedingung anfangs möglich gewesen, nachher aber vorübergehend unmög-

lich geworden sei, dieselbe nicht sogleich als deficirt betrachtet werden.

Man bezieht sich auf L. 58 D. de cond. et demonstr. L. 59. §. 1 eod.

Sell, die Lehre von den unmögl. Beding. Th. 2. S. 58.

Andere meinen, diese Ansicht sei irrig; man müsse vielmehr die Regel aufstellen, daß, wenn im Augenblicke der Testamentserrichtung die zugefügte Bedingung als wirklich unmöglich erscheine, dieselbe als pro non scripta angesehen werden müsse, sollte sie auch nachher möglich werden, und daß die Bedingung, sollte sie auch anfangs möglich sein, nachher aber, wenn auch nur vorübergehend, unmöglich werden, als deficirend zu betrachten sei. Für diese Regel spreche nämlich die Analogie der Grundsätze, welche bei Geschäften unter Lebenden gelten; und daß diese analoge Anwendung hier zulässig und nothwendig sei, könne nicht bezweifelt werden, indem es an besonderen gesetzlichen Vorschriften für letztwillige Dispositionen fehle, und Gleichheit der ratio hier vollkommen vorhanden sei.

Was nun die Gesetze, worauf sich die Gegner stützen, betreffe, — L. 58 und 59. §. 1 cit. — so sei in beiden Stellen gar nicht von unmöglichen Bedingungen die Rede. Eine juristisch unmögliche Bedingung sei nur vorhanden, wenn eine Handlung zur Bedingung gesetzt sei, welche nach den Gesetzen nicht vorgenommen werden, die also nur geschehen dürfe, wenn das bisherige Gesetz abgeändert werden würde. Eine Handlung dagegen, welche auch nach den jetzt bestehenden Normen möglich sei, sofern nur die gehörigen factischen Voraussetzungen eintreten, könne nie eine Bedingung zu einer unmöglichen machen. Wenn also Jemand einer fremden Sclavin für den Fall, daß sie heirathe, ein Legat aussetze, so könne dies nicht als ein Legat unter einer unmöglichen Bedingung angesehen werden, weil die zur Bedingung gesetzte Thatsache eintreten könne, ohne daß irgend neue gesetzliche Vorschriften zur Existenz kommen, und sehr consequent entscheide daher Proculus:

utile legatum esse, quia possit manumissa nubere.

Und wenn ferner Jemandem ein Legat hinterlassen werde: „si consul fuerit" und er werde deportirt, so könne nicht behauptet werden, daß die Bedingung zu einer unmöglichen geworden sei, denn der Honorirte könne trotz der Deportation doch noch Consul werden: „quia in civitate restitui potest", und deshalb nehme Ulpian in L. 59 cit. für einen solchen Fall an, das Legat könne nicht mit dem Augenblicke der Deportation wegen deficirender Bedingung als erloschen angesehen werden.

Es fehle aber auch nicht an Gesetzen für den gegenwärtigen Fall, sondern die Entscheidungsgründe, welche die römischen Juristen für Geschäfte unter Lebenden aufstellen, seien so allgemeiner Natur, daß sie auch bei letztwilligen Dispositionen Anwendung fänden. L. 135. §. 6 D. de verb. obl.:

„nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, verum secundum praesentis, aestimari debet stipulatio."

Hierin liege auch keine Besonderheit für Geschäfte unter Lebenden, indem bei letztwilligen Dispositionen vielmehr der Tod des Erblassers, also ein futurum tempus, der entscheidende Zeitpunkt sein solle. Vielmehr müsse, wie die Rechtsgiltigkeit einer stipulatio, so auch die einer letztwilligen Disposition, nach dem Augenblicke der Errichtung bemessen werden.

v. Vangerow, Pand. §. 434.
v. Savigny, System Bd. 3. S. 166.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 553.
Sintenis, Civilr. §. 173. Not. 15 u. 16.

IV.

Ist die Bedingung theilweise unmöglich, und zwar von Anfang an, so muß der Theil der Bedingung, welcher unmöglich ist, für nicht hinzugefügt angesehen werden, während das Uebrige der Bedingung allerdings in Erfüllung gehen muß. L. 45 D. de hered. inst. L. 6. §. 1 D. de cood. et demonstr. **Streitig ist aber, wie es gehalten werden soll, wenn die Bedingung erst durch eine zugefügte Zeitbestimmung unmöglich wird (z. B. „si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset").**

Einige meinen, nur dasjenige falle weg, was die Unmöglichkeit hier mache, nämlich die angustis temporis; man stützt sich auf die L. 12. §. 1 D. de leg. I.

Puchta, Pand. §. 468.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 360.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 556.

Andere meinen, solche Bedingung sei ganz unmöglich, und müsse deshalb auch vollständig als pro non scripta angesehen werden, L. 5 D. de condit. instit. In der von den Gegnern aufgeführten L. 12 cit. sei gar nicht von einer durch hinzugefügte Zeitbestimmung unmöglich gewordenen Bedingung die Rede, sondern es werde darin ein Fall entschieden, in welchem die einem Legate beigefügte Tagesbestimmung so kurz anberaumt sei, daß die Zahlung während derselben nicht möglich werde.

Endemann, de impl. cond. temp. p. 63.
v. Vangerow, Pand. §. 434.

V.

Streitig ist, welche rechtliche Wirkung es habe, wenn in einem Testamente eine Disposition mehrere Male vorkommt, einmal unbedingt, das andere Mal bedingt, oder unter verschiedenen Bedingungen.

Einige meinen, nach der herrschenden Lehre sei anzunehmen, daß bei Erbeinsetzungen die unbedingte als die pleoior, die bedingte und die mehreren Bedingungen als alternativ beigefügt angenommen werden müßten. Der Eingesetzte habe dann die Auswahl und erhalte die Erbschaft nach Erfüllung irgend einer Bedingung. L. 27. §. 1 u. 2. L. 67 D. 28, 5. L. 17 D. 28, 7. Dagegen müsse bei Vermächtnissen stets die letzte Disposition als die giltige angenommen werden. L. 12.

§. 3 D. de leg. I. L. 40. §. 2. L. 87. L. 89 D. 35, 1.

Schweppe, röm. Priv.-R. §. 794.
v. Vangerow, Pand. §. 434.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 189 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 558.
Sintenis, Civilr. §. 173. Not. 6 u. 8.

Andere meinen, es müsse eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen in zwei Erbeinsetzungen unter verschiedenen Bedingungen aufgelöst werden; wenn dann Jemand pure zum Erben eingesetzt und ihm ein Anderer unter alternativen Bedingungen adjicirt sei, so erhalte der Letztere nur die Hälfte der Erbschaft, wenn beide Bedingungen eintreten, während er, wenn nur eine der Bedingungen sich erfülle, bloß $^1/_4$ und der pure Eingesetzte $^3/_4$ der Erbschaft bekomme. Man beruft sich vorzüglich auf L. 40 D. de hered. inst. und arg. L. 110. §. 3 D. de reg. jur. L. 45 D. de manum. test. 40, 4. L. 51 pr. D. de cond. et demonstr. 35, 1. L. 63 pr. eod. L. 13. §. 2—5 D. de reb. dubiis 34, 5:

Huschke in Gießer Zeitschrift Bd. 12. S. 375. Bd. 15. S. 237.

wogegen Andere diese Ansicht für unbegründet halten, indem der adjectus stets die Hälfte der Erbschaft bekommen müsse, einerlei ob nur eine oder ob beide Bedingungen eingetreten sind. Siehe die ausführlich erörterten Gründe in

Arndts in Gießer Zeitschrift Bd. 13. S. 293. Bd. 19. S. 355.
v. Vangerow in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 3. S. 571.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 56.

VI.

Streitig ist, ob ein Vermächtniß, welches dem Legatar auf den Todesfall eines instituirten Miterben hinterlassen ist, als bedingt oder unbedingt anzusehen sei, und welche Wirkung es habe, wenn dieser Miterbe vor dem Testator stirbt.

Einige meinen, der Sterbetag des Erben sei zwar für den Legatar eine ungewisse Zeit und daher als Bedingung für ihn insofern anzusehen, als er den Todestag des Erben erleben müsse; in Ansehung des Erben selbst aber, dessen Sterbetag dem Vermächtnisse beigefügt sei, sei dieser nie eine ungewisse Zeit, L. 79. §. 1 D. 35. 1. L. 12. §. 1 D. de leg. II. L. 1 pr. D. 36, 2, mithin auch nicht als Bedingung zu behandeln.

Geiger u. Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 2. S. 24.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 798.

Andere meinen, das Legat auf den Todesfall des Erben sei als bedingt anzusehen. L. 1. §. 2. L. 79. §. 2 D. 35, 1. L. 4 pr. L. 13 D. 36, 2. Ulpiani fragm. 24. §. 30. L. 12. §. 1 D. de leg. II. L. un. §. 7 C. 6, 51. Diese Gesetze wiesen den Testator auf Substitution der Erben des Legatars ausdrücklich hin, wenn seine Absicht dahin gehe; außerdem sei zu vermuthen, er habe die Person des Legatars im Auge gehabt. Nicht entgegen stehe L. 46 D. 36, 1 u. L. 5 C. 6, 53, wo nicht zu übersehen sei, daß bloß die Zahlzeit normirt worden. cfr. L. 10. §. 2 D. 35, 1, wo die Ansicht des Ofilius für irrig erklärt sei.

Günther, Bemerk. 1802. S. 1.

Cocceji, j. controv. 33. 2. 2.
Ackermann, Rechtssätze N. F. II. S. 87.
Strippelmann, Entscheid. I. S. 236.
Holzschuher, Th. 3. S. 225.

Präjudiz 1.

In einem Testamente hatte die Erblasserin Folgendes verordnet:

„Meiner Schwester vermache ich gleich baar 100 Thlr., daneben aber, so lange sie lebt, die Zinsen von einem Capital zu 1000 Thlr., worüber ich weiter unten disponirt habe.“ An der letzteren Stelle hieß es: „Uebrigens vermache und legire ich von dem obgedachten, für meine Schwester zum jährlichen Zinsgenusse auf ihre Lebenszeit ausgesetzten Capitale von 1000 Thlr. demnächst nach meiner Schwester Tode, den beiden Töchtern der S., namentlich M. und H., 150 Thlr., und zwar der Ersteren 100 Thlr., der Letzteren aber 50 Thlr.“ Die Testatrizin verstarb bald nachher.

Am 14. Sept. 1796 starb die mit dem Legate zu 100 Thlr. bedachte M. und hinterließ einen Sohn. Am 5. Oct. 1802 ging auch die Schwester der Erblasserin mit Tode ab. Der Ersteren Sohn forderte nun das Legat der 100 Thlr. als Erbe seiner Mutter, welches aber der Haupterbe sich darum auszuzahlen weigerte, weil die Mutter des Klägers den Tod der Nutznießerin des Capitals von 1000 Thlr., mithin den Eintritt der Bedingung nicht erlebt habe, folglich auch das von ihr noch nicht acquirirte Legat auf ihren Sohn und Erben nicht habe transmittirt werden können.

Das OAG. Celle erklärte im Febr. 1804 in S. Meldau c. Mengershausen das Vermächtniß für ein legatum purum aus folgenden Gründen:

Der Streit hängt davon ab, ob jenes Legat als ein bedingtes oder unbedingtes anzusehen war. An diesem hat der Legatar sofort mit dem Ableben des Testators und sogleich ein Recht auf das Legat erworben, wovon die erheblichsten Folgen darin bestehen, daß der Legatar dasselbe auf seine Erben transmittirt, und die Zinsen und Früchte davon vom Tode des Erblassers an fordern kann. An jenem hat dagegen der Legatar eher kein Recht, bis die Bedingung erfüllt ist, und wenn er vor deren Erfüllung stirbt, so erhalten seine Erben nichts, vorausgesetzt, daß es keine Bedingung der Art gewesen, die man für nicht beigefügt erkennen durfte. Könnte man nun annehmen, daß die Erblasserin das Vermächtniß von 100 Thlr. von dem Tode ihrer Schwester habe abhängig machen wollen, oder wirklich gemacht habe, so würde dasselbe allerdings als ein bedingtes angesehen, mithin der Erbe der Vermächtnißnehmerin mit seinem Anspruche abgewiesen werden müssen, weil sodann die Mutter desselben die Existenz der Bedingung nicht erlebt hätte. Denn ob es gleich völlig gewiß war, daß die Schwester der Testatrizin mit Tode abgehen würde, so blieb es doch ungewiß, ob auch die legataria den Todesfall derselben erleben würde. Das Vermächtniß hing also von einer künftigen ungewissen Begebenheit ab, war folglich, in Rücksicht der Vermächtnißnehmerin, als ein bedingtes anzusehen. — Eine genaue Erwägung der testamentarischen Disposition ergibt indeß, daß hier kein bedingtes, sondern ein unbedingtes Vermächtniß anzunehmen war. Die Erblasserin hat über das Capital der 1000 Thlr. zwei ganz von einander verschiedene Verfügungen, die völlig neben einander bestehen können, getroffen. Zuerst vermachte sie ihrer Schwester den Nießbrauch von dem Capitale, und dies Legat bezielt bloß die Zinsen desselben. Ueber die Substanz oder den Hauptstock selbst wollte sie weiter unten verordnen, und vermachte davon unter andern den Töchtern der S., M. und H., resp. 100 Thlr. und 50 Thlr., der Rest des Hauptstocks war anderen Legataren verlassen. Die Worte: demnächst nach meiner Schwester Tode, sind also nicht von einer die Acquisition des Vermächtnisses mit dem Tode der Erblasserin hindernden Condition, sondern bloß von der Auszahlung desselben zu verstehen, welche bis zum Tode der Schwester ausgesetzt bleiben mußte, oder doch füglich ausgesetzt werden konnte, weil Letzterer der Nießbrauch auf Lebenszeit vom Capital vermacht war. Die Verschiedenheit der Verfügungen über dasselbe Object zeigt schon, daß des Todesfalls der Schwester nur deshalb erwähnt wurde, weil erst nach ihrem Ableben das Capital

selbst unter die Legatarien **vertheilt** und **ausgezahlt** werden sollte. Der ungewisse Tag der Auszahlung eines Legats macht aber

L. 26. §. 1 u. 2 D. quando dies legat.
L. 5 C. eod.
L. 46 D. ad SC. Trebell.

dasselbe zu keinem bedingten.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 3.

Präjudiz 2.

Das Erk. des LG. zu **Wolfenbüttel** v. 9. Juli 1833, in App.-S. Häseler c. Porpe, enthält folgende Ausführung:

In Erwägung, daß zwar der Anfall des von dem weiland Kaufmann Friedr. Häseler in der letztwilligen Disposition vom 10. August 1828 der Klägerin ausgesetzten Legats zu 2500 Thlr. Gold davon abhängig war:

daß die Geschwister des Vermächtnißgebers vor der Klägerin mit Tode abgehen würden,

nicht nur, weil der Klägerin erst mit dem ungewissen Eintritte dieses, einer Bedingung gleichzuachtenden Ereignisses,

L. 75. L. 79 §. 1 D. de condit. et demonst. 35, 1.
L. 4. L. 13 D. quando dies legati 36, 2.

ein Anspruch auf die Entrichtung des Vermächtnisses gegeben, sondern auch deshalb, weil nach dem ferneren Inhalt jener Disposition das legirte Capital der Klägerin —

sofern sie früher als die Geschwister des rc. Häseler verstarb —

wiederum entzogen worden, folglich dasselbe als unter der entgegengesetzten Bedingung:

daß Klägerin die Geschwister überleben würde,

hinterlassen anzusehen ist,

L. 10 D. de adim. vel transf. leg. 34, 3.
L. 107 D. de cond. et demonst. 35, 1.
L. 6 pr. D. quando dies leg. 36, 2

daß jedoch, da solche Bedingung eingetreten, dieser Umstand die Wirkung mit sich führt, als ob das Legat unbedingt gegeben sei,

L. 26 D. de cond. institut. 28, 7.

mithin dasselbe, die Rechtsgiltigkeit der Anordnung vorausgesetzt, als eine auf dem Nachlasse der Erben des rc. Friedrich Häseler haftende Schuld berichtigt werden muß,

§. 5 Inst. de obl. quae quasi ex contr. 3, 28.
L. 42 pr. D. de obl. et act. 44, 7.

so wird rc.

Präjudiz 3.

Die Frau v. P. verordnete in ihrem Testamente, daß ihr Sohn J. v. P. das ihr schuldige Capital von 21,000 Fl. als Erbtheil erhalten, dasselbe aber ihrer Enkelin, E. v. B., ohne Abzug hinterlassen soll. Da die letztere vor ihrem Oheim J. v. P. gestorben ist, so machte ihr Neffe, Graf A. v. U., Anspruch auf die Hälfte jenes Capitals, wurde aber damit in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den oberstrichterlichen Gründen ist anzuführen:

Legate oder Fideicommisse, bei denen bloß die Ausbezahlung auf einen bestimmten Tag hinausgeschoben, oder bei denen keine Zeitbestimmung oder Bedingung beigefügt ist, fallen dem Honorirten alsbald mit dem Tode des Erblassers an, und werden von ihm, auch wenn er vor der wirklichen Ueberlieferung stirbt, auf seine Erben transmittirt, wogegen bedingte Legate oder Fideicommisse dem Honorirten erst mit dem Eintritt der Bedingung anfallen, und wenn er vor dem Eintritt der Bedingung stirbt, nicht auf seine Erben übergehen. Was aber den Fall betrifft, wenn der Testator angeordnet hat, der Honorirte soll das Legat oder Fideicommiß nach dem Tode des Erben erhalten, so stellen die Gesetze die Regel auf, daß ein ungewisser Tag einer Bedingung gleich zu achten sei,

fr. 75 de cond. et demonstr. (35, 1); fr. 30. §. 4 de legat. I.; C. un. §. 7 de caduc. toll. (6, 51)

und es wird namentlich der Fall, wenn das Legat oder Fideicommiß auf den Tod des Erben gestellt ist, in mehreren Gesetzstellen dahin entschieden, daß dasselbe nicht auf die Erben des Honorirten transmittirt werde, wenn dieser **vor** dem Erben oder Fiduciar stirbt.

Fr. 4 pr. quando dies leg. (36, 2).
fr. 1. § 2 fr. 79. §. 1 de cond. et demonstr. (35, 1).

Dies gilt zwar nur als **Regel**, indem der Legatar oder Fideicommissar ein Recht auf das Vermächtniß oder Fideicommiß **dann** alsbald mit dem Tode des Erblassers erwirbt, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß dies die **Absicht** des Erblassers gewesen sei, und der Tod des Erben nur als Termin für die Auszahlung habe gelten sollen,

fr. 46 ad SC. Treb. (36, 1). C. 5 C. quando dies leg. (6, 53)

im gegenwärtigen Fall aber liegt nicht nur nichts vor, was auf eine solche Absicht des Erblassers schließen ließe, sondern es sprechen vielmehr die Umstände für das Gegentheil rc.

Erk. des Obertribun. in **Stuttgart** v. 27. Jan. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 277.

Präjudiz 4.

In dem gegenseitigen Testamente zweier Eheleute war von der Frau, welche später zuerst verstarb, einer Seitenverwandten ein Legat von 600 Fl. ausgesetzt worden, welches jedoch erst bei der Wiederverehelichung oder nach dem Tode des (zum Erben eingesetzten) Ehemannes der Verfügenden ausgezahlt werden sollte. Der Ehemann schritt nicht zur weiteren Ehe. Die Legatarin überlebte wohl die testirende Ehefrau, nicht aber deren nachgelassenen Wittwer und Erben, sondern war vor diesem, nach dessen Tode sie jene 600 Fl. erhalten sollte, schon selbst gestorben. Der Testaments-Vollstrecker des Mannes glaubte nun, jenes Legat habe sich auf den Erben der Legatarin transmittirt, und bezahlte daher den Betrag an diesen aus. Nun forderten die Erben des Mannes der Legats-Anordnerin die ausgezahlte Summe zurück, weil die Legatarin den Anfall des **durch das Vorabsterben des Erben bedingten Legates** nicht erlebt habe, solches also dem Letzteren heimgefallen sei. Diese Klage wurde abgewiesen. In den Motiven des Urtheils dritter Instanz kommt vor: Als eine Regel des römischen Rechts steht zwar allerdings fest, daß in dem Fall, wenn ein Legat nach dem Tode des eingesetzten Erben ausbezahlt werden soll, dieser Zusatz als Bedingung gilt, und der Honorirte den Erben überleben muß, um das Vermächtniß auf den Erben transmittiren zu können. Fr. 75 de cond. et demonstr. (35, 1); fr. 1 und 2. fr. 79. §. 1 eod.; fr. 12. §. 1 de legat. II. (31); fr. 4 pr. §. 13 quando dies (36, 2). Allein nach der klaren Vorschrift in fr. 46 ad SC. Treb. (36, 1) und Const. 3, 5 quando dies (6, 53) tritt eine Ausnahme hiervon in dem Falle ein, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß die Absicht des Testators nicht darauf gerichtet war, durch jenen Aufschub der Entrichtung des Legates seinem eingesetzten Erben eine günstige Gelegenheit zu eröffnen, sich der ganzen Verpflichtung zu überheben, und die legirte Summe in seinem eigenen Vermögen zurückzubehalten. Dieser letztere Fall ist nun hier gegeben. Die Absicht der Disponentin bei der Bestimmung, daß die vermachten 600 Fl. erst bei der Wiederverehelichung oder nach dem Tode ihres Mannes ausbezahlt werden sollen, ging offenbar dahin, ihrem Manne den Genuß dieser Summe während seines Wittwenstandes, oder auch während seiner noch übrigen Lebenstage zu erhalten; aber nicht den Seitenverwandten des Mannes einen Vorzug im Verhältnisse zu der Honorirten einzuräumen. Es ist daher ebensoviel, als hätte sie der Legatarin 600 Fl. vermacht, nach Abzug des lebenslänglichen Genusses für den Testaments-Erben. Diese Absicht ergibt sich insbesondere noch daraus, daß auch in dem Falle, wenn der Wittwer wieder heirathen würde, die Auszahlung des Legats eintreten sollte; indem sie hierdurch die Substanz der Summe seinen einstigen Kindern entzog, wollte sie gewiß dessen Seitenverwandte um nichts besser halten.

Erk. des OAG. zu **München** vom 4. Juli 1846, Nr. 587 43/44.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 268.

Präjudiz 5.

In einem Falle hatten sich die Ehegatten wechselseitig zum Erben eingesetzt, und **gemeinschaftlich Fideicommißerben**, **auf den Todesfall des Ueberlebenden**, ernannt; nebstdem waren von demjenigen der beiden Ehegatten, welcher nachher vor dem andern verstarb, Vermächtnisse an Personen, die mit ihm verwandt, auf den Todesfall des

andern Ehegatten angeordnet. Diese Legatare überlebten zwar den Ehegatten, welcher diese Vermächtnisse angeordnet hatte, starben aber vor dem andern, auf dessen Todesfall sie gestellt waren. In diesem Falle wurden die Erben der Legatare mit ihrem Anspruche auf die fraglichen Vermächtnisse, als sie solchen gegen die von beiden Ehegatten gemeinschaftlich ernannten Fideicommißerben geltend machten, in allen Instanzen abgewiesen. Es kam hier — unter Bezugnahme auf

Fr. 1, 75, 79. §. 1 de condit. et demonstr. (35, 1); fr. 12. §. 1. de legat. (31); fr. 4 pr. fr. 21 quando dies (36, 2)

— die Regel zur Anwendung, nach welcher die einem Vermächtnisse beigefügte, auf den Tod des Erben gestellte Zeitbestimmung als Bedingung gilt, und der Honorirte, um das Legat erwerben und auf seine Erben transmittiren zu können, den Erben überleben muß. In den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses wurde unter Anderm geäußert: Soll die ungewisse Zeit, von deren Eintritt die Entrichtung des Legats abhängig gemacht ist, nicht als Bedingung des Rechts auf das Legat, sondern nur als Aufschub der Geltendmachung des Rechts gelten, so müssen besondere Umstände vorliegen, wodurch eine solche Präsumtion, wenn der Testator selbst nichts Näheres bestimmt hat, gerechtfertigt wird. Ohne das Vorhandensein solcher Umstände, welche eine andere Absicht des Testators vermuthen lassen, entscheidet die gesetzliche Regel, und diese kann durch die Auslegungsmaxime, daß im Zweifel zu Gunsten des Honorirten zu sprechen sei, an der Geltung im gegebenen Falle nicht gehindert werden. — Für die Annahme, daß die Anwendung der gesetzlichen Regel der Absicht der testirenden Ehegatten nicht widerstreite, sondern vielmehr zusage, wurde unter Anderm der Umstand angeführt, daß die Vermächtnisse in einem verschlossenen, erst nach dem Tode beider Ehegatten zu eröffnenden Anhang angeordnet waren. Wäre beabsichtigt worden, den Erwerb des Vermächtnißrechts (das diem cedere) schon mit dem Tode des Erstversterbenden eintreten zu lassen, so würde eine solche Verfügung, daß die Eröffnung erst nach dem Tode des Ueberlebenden geschehen solle, nicht getroffen worden sein.

Erk. des OAG. zu München vom 19. März 1848, Nr. 543[45]/[48].

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 316.

Präjudiz 6.

.... Die Klägerin sucht durch Bezugnahme auf zwei Stellen des römischen Rechts (L. 21 pr. D. quando dies leg. 36, 2. L. 26 pr. D. de usu et usufr. leg. 32, 2) die Ansicht zu vertheidigen, daß die einem Vermächtnisse (welchem ein Singularfideicommiß, wie das hier streitige, gleichsteht) beigefügte Zeitbestimmung, dafern soviel gewiß ist, daß der Zeitpunkt einmal eintreten müsse, obwohl darüber, wenn dies geschehen und ob der Vermächtnißnehmer diesen Tag erleben werde, keine Gewißheit vorhanden ist, nicht als ein dies incertus und als eine den Uebergang des Rechtes auf den Erben des Vermächtnißnehmers hindernde Bedingung anzusehen sei. Die beiden allegirten Gesetzstellen, von denen die erstere nicht vollständig angegeben ist, besagen dies aber nicht. Auch diejenigen Stellen, welche man außerdem für diese Ansicht der Klägerin anzuführen pflegt, z. B. L. 46 D. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 26. §. 1 D. quando dies legat. 36, 2 und L. 5 Cod. eod. 6, 53, stehen derselben nicht zur Seite. Darin wird von Fällen gehandelt, wo der Legatar das ihm Beschiedene erst dann erhalten soll, wenn er ein gewisses Alter erreicht haben wird. Nur, wenn aus der Verfügung des Erblassers erhellet, er habe den Zeitpunkt nicht als eine Bedingung beifügen, sondern bloß die Zeit der Ausantwortung (den dies veniens) — hinausschieben wollen, soll bei dem inmittelst eingetretenen Tode des Legatar das Vermächtniß auf dessen Erben transferirt werden. Dies zeigt sich theils aus dem Inhalte der ausgehobenen, die Absicht des Testators, bloß die Zahlungszeit hinauszuschieben, voraussetzenden Stellen, theils aus andern, zwar von ähnlichen Fällen redenden, doch auf eine andere Absicht des Erblassers hinweisenden Stellen, z. B. L. 43. §§. 2. 3 de leg. I. L. 21 pr. L. 22 pr. D. quando dies leg. C. 3 Cod. eod., wonach nur dann, wenn der Legatar den im Testamente bestimmten Zeitpunkt erlebt hat, das Legat transferirt werden soll, weil in einer solchen Verfügung neben der Bestimmung eines Tages zugleich die Bedingung, daß der Bedachte diesen Tag erlebe, ausgesprochen wäre.

Anders verhält es sich mit den von der vorigen Instanz ausgehobenen fünf Pandekten-Fragmenten (L. 12. §. 1 D. de leg. II. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1 D. de cond. et dem. L. 4 pr. L. 13 D. quando dies leg.), in welchen vier verschiedene römische Juristen, Paullus, Papinian, Pomponius und Ulpian, von dem Falle, wenn der Testator ein Vermächtniß mit der Bestimmung ausgesetzt hat, daß es der Legatar, wenn der Erbe verstürbe, erhalten solle, — (cum heres morietur, dato) — reden und einstimmig die Meinung aussprechen, es sei das Legat, obwohl darüber, daß der Erbe einmal sterben müsse, Gewißheit vorhanden, doch ein auf einen ungewissen Tag gestelltes, daher bedingtes, und gehe, dafern der Legatar vor dem Erben verstürbe, auf des Legatar Erben nicht über. Zwar wird gegen die in der Einen dieser Stellen (L. 79. §. 1 D. de cond. et dem.) darauf gesetzte Begründung, daß es ungewiß sei, ob der Legatar den Tod des Erben erleben werde, das Bedenken erhoben, daß diese Ungewißheit, nämlich, ob der Erbe den Tag erleben werde, bei jedem auf einen künftigen Tag gestellten Legate eintrete und daß nur in dem einzigen Falle, wenn der Todestag des Legatar als Tag des Vermächtnisses bestimmt sei, diese Ungewißheit nicht vorliege. (Zimmern im Archiv für die civil. Praxis Bd. 9. S. 361.) Allein, selbst wenn zugegeben werden müßte, diese Begründung des Rechtssatzes führe weiter als dahin, bloß bei dem auf den Tod des Erben gestellten Vermächtnisse einen dies incertus anzunehmen, so würde es doch dadurch nicht gerechtfertigt werden können, den Satz selbst nicht für bestehend zu halten. Denn keine Stelle findet sich im römischen Rechte, in welcher hierüber etwas Anderes bestimmt würde. Man hat also den Satz als einen unbestrittenen anerkannt und dabei offenbar angenommen, es werde wenigstens bis zum Beweise des Gegentheils, in der auf den Tod des Erben gestellten Vermächtniß-Verfügung von dem Testator die nicht bloß auf eine Hinausschiebung der Ausantwortung des legirten Gegenstandes gerichtete Absicht, sondern zugleich dessen Willensmeinung ausgesprochen, es solle dem Bedachten unter der Bedingung, wenn er den Tod des Erben erleben würde, das ihm Beschiedene anfallen. Die Meinung, daß ein auf den Tod des Erben gestelltes Vermächtniß als ein bedingtes anzusehen sei und der Bedachte bloß, wenn er den Erben überlebt, dasselbe erwerbe und auf seine Erben transmittire, ist auch diejenige, welche das vormalige Appellationsgericht — [s. die von Gottschalk in disc. for. Tom. III. c. 3. p. 53. 54 ed. II. erwähnten Erkenntnisse und die Entscheidung vom Mon. Decbr. 1828 in Sachen Naumann's als cur. abs. der Gebr. Elßner gegen Waezel] — befolgt hat und von dem Oberappellationsgerichte für richtig zu halten gewesen ist.

Ein auf den Todesfall des Erben beschiedenes Legat (heres cum morietur, dato) liegt hier, soviel das Grundstück betrifft, vor, indem der Erblasser verordnete:

es solle nach dem Tode seiner zur Universalerbin eingesetzten Ehegattin — (der Mitklägerin) — das ihr von ihm zugefallene Vermögen an Grundstücken sodann auf seine beiden Brüder, Carl und Wilhelm, oder deren rechtmäßige Leibeserben, verfallen und diesen vererbt und zu Theil werden.

Man könnte daher der von der Klägerin und dem von ihr berufenen Rechtslehrer [Zimmern im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 9. S. 363] aufgestellten Meinung beitreten, daß vornehmlich auf die eigentliche Willensmeinung des Erblassers und darauf zu sehen sei, ob er das Recht auf das Vermächtniß von der Bedingung, wenn der Bedachte den Tod der Erbin erlebte, habe abhängig machen, oder bloß den Todestag der Erbin als Zeitpunkt für die Verabfolgung des Vermächtnisses bestimmen, diese bis dahin bloß aufschieben wollen; immer würde dies zu einer der Klägerin günstigen Entscheidung nicht führen können. Denn, wenn auch die Gesetze auf die Beachtung der Absicht des Erblassers bei der Auslegung der letztwilligen Verordnungen hinweisen (L. 64 D. de leg. I. L. 93 D. de leg. III. L. 7 C. de fideicomm. 6, 42), so erklären sie doch eine Erörterung hierüber da, wo sich der Testator unzweideutiger Worte bedient hat oder das Gesetz selbst den gebrauchten Worten eine

bestimmte Bedeutung und Bezeichnung der Absicht des Testators beilegt, für unzulässig, dafern nicht voller Beweis darüber beigebracht wird, daß der Testator etwas Anderes beabsichtigt habe (L. 25. §. 1. L. 69 pr. D. de leg. III. Erbf.-Mandat vom 31. Januar 1829. §. 7). Auf bestimmte thatsächliche Momente, nach denen mit Gewißheit anzunehmen gewesen wäre, der Testator habe gewollt, daß das Grundstück sofort nach seinem Tode seinen Brüdern anfallen und die Erbin bis zu ihrem Tode nur die Nutzungen davon genießen solle, hat sich die Klägerin auch in der Deduction nicht beziehen können, indem ihr Vorbringen nur auf die Aufstellung von Vermuthungen hinausläuft, welche sich aus dem Inhalte des Testaments selbst ergeben sollen, sich jedoch offenbar daraus nicht ergeben.

Erk. des OAG. zu **Dresden** vom Monat Decbr. 1852, in S. Hofmannin c. Seemannin u. Consf.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 12. H. 3. Nr. 15. S. 286 ff.

VII.

Streitig ist, ob die Bedingung, seine Religion zu ändern, oder nicht zu ändern, als turpis conditio zu betrachten sei.

Die Meisten meinen, die bei einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtnisse beigefügte Bedingung, die Religion zu **ändern**, müsse für eine conditio turpis gehalten werden, wogegen die Bedingung, die Religion **nicht** zu ändern, für erlaubt und wirksam zu erachten sei. Denn durch die Erfüllung der Bedingung, die Religion zu ändern, müsse der, welchem die Bedingung gesetzt sei, nothwendig an Achtung in den Augen der Welt verlieren, nicht aber durch Erfüllung der Bedingung, die Religion **nicht** zu ändern. In jenem Falle würde der Bedachte deutlich zu erkennen geben, daß ein äußerer, nicht aber ein aus innerer Ueberzeugung entsprungener Beweggrund die Triebfeder seiner Religionsänderung gewesen sei, in diesem Falle dagegen behalte er ja die früher von ihm als wahr anerkannte und ausgeübte Religion bei, und verliere hierdurch eben so wenig, als durch Annahme des mit der Erfüllung dieser Bedingung verheißenen Vortheils an der Achtung bei den Menschen.

Schilter, exercit. ad P. ex. 38. §. 44.
Wernher, obs. for. Tom. 3. obs. 128.
Hagemann u. Günther, Archiv Th. 3. S. 246 f.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 2. Abth. 1. S. 104.
Eichhorn, d. P.-R. §. 79.
Weber zu Höpfner's Instit. §. 490. Not. 2.
Schweppe, röm. P.-R. §. 794.

Andere meinen, es sei eine quaestio facti, und die Schändlichkeit bei dieser Bedingung könne nur aus besonderen Umständen hervorgehen.

Mittermaier, d. P.-R. §. 105.

Andere meinen, die Ansicht, daß die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, als turpis zu verwerfen sei, lasse sich nur dann behaupten, wenn Jemandem aufgelegt werde, eine vom Staate verbotene Religion anzunehmen oder beizubehalten.

Thibaut, System §. 934.
Braun, Dictate S. 724.

Andere meinen, sowohl die Bedingung, die Religion zu ändern, als auch die Bedingung, die Religion nicht zu ändern, sei eine conditio turpis. Denn in beiden Fällen werde die persönliche Freiheit ungebührlich beschränkt, und dieses, wenn es auch nur indirect geschehe, solle eben so wenig geduldet werden, als eine Einwirkung auf religiöse Ueberzeugungen durch die Triebfeder des Eigennutzes und der Gewinnsucht.

Reinharth, sel. obs. ad Christin. decis. Vol. IV. obs. 24.
Gambsjäger, Pr. circa cond. seu affirm. seu negat. relig. mut.
Jäger in Gießer Zeitschr. Bd. 3. Nr. 16.
Sell, über unmögl. Bed. §. 31.
Mackeldey, Lehrb. §. 171. Not. f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 106.

VIII.

Streitig ist, wie sich modus von der Bedingung unterscheide.

Einige meinen, durch modus werde nur ein Zweck ausgedrückt, zu welchem der Gegenstand der Verfügung **verwendet** werden solle, und beruft man sich auf Beispiele in den Gesetzen. L. 17. §. 4 D. de cond. et dem. L. 2 C. de his quae sub modo. L. 16 D. de usu et usufr. L. 1 C. de donat. quae sub modo. L. 2. §. 7 D. de donat. L. 22 C. eod.

Thibaut, System §. 102.
Mackeldey, Lehrb. §. 161 a.
Glück, Pand. Th. 4. §. 336.

Andere meinen, es ließen sich in den Gesetzen eben so viele Beispiele aufzählen, in welchen von einem modus, ohne daß darin von einer Verwendung zu einem bestimmten Zwecke die Rede sei, gehandelt werde. Schon die grammatische Bedeutung „modificirte Legate" bezeichne eine dem Legatar gemachte Auflage, durch welche der Testator seine Liberalität **beschränke**, indem er von dem Legatar eine **Gegenleistung** für das empfangene Legat fordere, während durch die Bedingung die **ganze** Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses **abhängig** gemacht werde. Hieraus ergebe sich, daß der modus mit der conditio potestativa zwar darin übereinstimme, daß bei beiden eine Handlung des Legatars den Gegenstand der dem Legate beigefügten Nebenbestimmung ausmache; zugleich gehe aber **die** wesentliche Verschiedenheit beider hervor, daß durch den modus der Legatar zur Vornahme einer Handlung **verpflichtet**, bei der conditio hingegen diese Handlung als etwas noch Ungewisses **vorausgesetzt** werde; diese Verschiedenheit bleibe, wenn gleich die Nebenbestimmung auf dasselbe Factum gerichtet, ja selbst wenn in dem einen, wie in dem anderen Falle der für Beides gewöhnliche Ausdruck „Bedingung" gebraucht werde, z. B. wenn der Testator das Legat vermacht, entweder mit der Bedingung (d. h. zu dem Zwecke), daß der Legatar ihm ein Denkmal **setze**, oder mit der Bedingung (d. h. auf den Fall), **wenn** ihm von dem Legatar ein Denkmal gesetzt werde. Bei Hinzufügung jener ersteren Bestimmung, als modus, wolle der Testator den Zweck eines ihm zu setzenden Denkmals durch den Legatar erreichen — er legt ihm das zu diesem Zwecke dienende Factum als Verbindlichkeit auf; — das Legat wird dahin **modificirt**, daß der Legatar für den Empfang jenes Legats diese Gegenleistung übernehme; — dahingegen jene letztere Bestimmung, als **conditio**, nur von der Möglichkeit oder Erwartung, daß der Legatar ein Denkmal setzen werde, ausgehe, dieses Factum als ein von dessen Will-

für abhängendes Ereigniß voraussetze, und das Legat dadurch bedinge, daß der Legatar das vorausgesetzte Factum wirklich vornehme. In diesem Falle also erscheine das Legat gewissermaßen als Vergeltung für das in der Bedingung liegende Factum, in jenem das in dem modus liegende Factum als theilweise Vergeltung für das Legat. Vergl. L. 4. §. 1 D. de serv. L. 80 D. de cond. et demonstr. L. 8 C. de condict. et caus. dator. L. 9. L. 22 C. de donat. L. 3 C. de contr. emt. mit L. 41 pr. D. de contr. emt. L. 19 D. de legat. III. L. 1 C. de his quae sub modo. L. 69. §. 3 de legat. III. L. 17 D. de usu et usufr. L. 8. §. 7 de cond. instit. L. 21. §. 3 D. de ann. leg. §. 31 Inst. de legat. L. 80 D. de cond. et demonstr.

Die Begriffe von modus und conditio bestimmten sich deshalb am besten darin, daß unter letzterer eine äußere, als zufällig angesehene Begebenheit verstanden werde, ersterer aber eine Einschränkung, welche einem Vermächtnisse beigefügt worden, sei. Niemals aber lege die Bedingung eine Verbindlichkeit auf.

Unwesentlich sei dagegen, daß die Gegenleistung des Legatars in einer Verwendung des legirten Gegenstandes selbst zu dem vom Testator bestimmten Zwecke geschehe, indem der modus auch jede andere mit jenem Gegenstande in keiner Verbindung stehende Auflage enthalten könne, z. B. L. 19 D. de legat. III. Als äußeres Unterscheidungszeichen des modus sei daher auch der Gebrauch der Partikel „daß“, nicht „wenn“ zu betrachten. L. 80 D. de cond. et demonstr.

Hugo, Lehrb. des röm. Rechts §. 60 n. 61.
Giphanus, lecturae ad Dig. lib. 44. tit. 4. lect. 44. not. 53.
Müller ad Struv. ex. 29. th. 5. not. γ.
Unfacker, princ. jur. civ. §. 197.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1. S. 24 f.

Präjudiz 1.

Franz Eck. M. errichtet im Juli 1803 ein Testament, worin er unter Anderem verfügt, daß von seiner Universalerbin, der Ehefrau des Pfarrers S. zu W., an die beiden jüngsten Kinder des Hauptmanns A. 500 Louisd'or verabfolgt werden sollen, „mit der Bedingung jedoch, daß gedachte beide Kinder den Namen M. zu dem ihrigen nehmen und führen.“

Das OAG. Cassel erkannte unterm 4. Febr. 1824 unter Anderem über die vorgestellte Frage:

..... in weiterer Erwägung, daß, soviel den Anspruch rc. betr., es zunächst auf die demselben als proceßhindernd entgegengesetzte Einrede der nicht erfüllten Suspensivbedingung ankommt;

daß jedoch eine solche in der den beiden Legataren vom Testator gemachten Auflage, den Namen M. zu dem ihrigen zu nehmen und zu führen, nicht enthalten ist, da der Gebrauch des Ausdrucks „Bedingung“ nach dem deutschen Sprachgebrauche hierüber nichts entscheidet, die sonstige Fassung jener Auflage aber, als ihrem Inhalte nach auf die Zukunft gerichtet, und in der äußeren Wortführung der positiv ausgedrückten Verordnung der Verabfolgung und Berichtigung des Legats erst nachfolgend, vielmehr einen modus im juristischen Sinne bezeichnet;

mit der rechtlichen Natur eines solchen auch der aus der so gefaßten Verfügung ersichtliche Zweck des Testators, den Legataren die Annahme und Führung seines Namens als eine Verbindlichkeit aufzulegen, deren Erfüllung eine Gegenleistung für den Empfang des ihnen zugewandten Legats sein sollte, völlig übereinstimmt;

daß aber die einem Legate solchergestalt beigefügte Einschränkung oder Belästigung den Erwerb des Legats selbst nicht aufhält, sondern nur den Legatar zur nachherigen Erfüllung des modus verpflichtet, und den Erben, deshalb Caution zu verlangen, berechtigt;

so werden rc.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1. S. 32.

Präjudiz 2.

Am 8. Nov. 1852 schloß die Wittwe des Chr. Müller mit Zuziehung eines Richters, in ihrer Wohnung, mit den Kindern einer verstorbenen Schwester eine als Erb- und Verpflegungs-Vertrag überschriebene Uebereinkunft ab, wonach sie ihr gesammtes bewegliches und unbewegliches Vermögen diesen Kindern überließ, die Uebernehmer dagegen sich verpflichteten, die Uebergeberin auch fernerhin, wie bereits bisher geschehen, lebenslänglich gehörig zu verpflegen, in Krankheitsfällen für Arzt und Arznei zu sorgen, und sie demnächst nach ihrem Ableben beerdigen zu lassen. Schon des andern Tages starb die Wittwe Müller, und nun erhob der Steuerfiscus gegen die Uebernehmer ihres Vermögens eine Klage auf Entrichtung der Collateralsteuer, da diese, wie er behauptete, die Intestaterben seien. Die Beklagten stützten sich auf den erwähnten Vertrag, wonach sie, da dieser eine Uebereinkunft unter Lebenden enthalte und noch dazu onerofer Natur sei, von der Steuer, die nur bei Erwerbungen von Todeswegen statthabe, befreit seien. Kläger replicirte, dieser Vertrag habe die Natur eines Erbvertrags, und sei jedenfalls zur Umgehung der Steuerverbindlichkeit beim gewissen Herannahen des Todes der Müllerswittwe abgeschlossen worden.

Die Klage wurde jedoch in dritter Instanz abgewiesen aus folgenden Gründen: Es scheine zwar ein Erbvertrag vorzuliegen, weil die Uebereinkunft nicht auf rein onerosem Titel beruhe, durch welchen die Annahme eines Erbvertrages wohl ausgeschlossen werde.

Beseler, Lehre v. d. Erbverträgen Th. 2. Bd. 1. S. 209.
Glück, Erläut. d. Pand. Bd. 38. S. 72.

Allein das Ueberlassen und Uebernehmen des Vermögens lasse wohl nur die Deutung zu, daß den Beklagten das Vermögen alsbald zur Zeit der Eingehung des Vertrages gegen Uebernahme der Alimentation der Uebergeberin überlassen werde, während von einer erst künftig eintretenden Beerbung derselben nirgends geredet werde. Auf die Bezeichnung des Vertrages komme nichts an. Vielmehr enthalte der Vertrag eine donatio sub modo, auf welche auch das, nach dem hier anwendbaren Butzbacher Stadtbrauche geltende Verbot der Schenkungen des ganzen Vermögens keine Anwendung leide, weil sich dieses nur auf reine Schenkungen beziehen lasse. . . .

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 16. Febr. 1855, in S. Wiesler zu Butzbach gegen den Steuerfiscus Lit. W. Conv. 37 zu Nr. 14.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 155.

Bedingungen bei Einsetzung eines Notherben, s. Notherbenrecht C. c. 7 bis 15.

Beihilfe, väterliche, deren Collation, s. Collationspflicht c. 14.

Beneficialerbe, dessen Collationspflicht, s. Collationspflicht c. 7.

Beneficium abstinendi.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 856.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 325 f.
Averanius, interpret. jur. lib. 1. c. 9.
Sintenis, Civilr. §. 202.

I.

Streitig ist, ob der suus, wenn er von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht, aufhöre, Erbe zu sein.

Einige meinen, durch Abstention komme die Sache im Ganzen in die Lage, wie wenn das Erbrecht nie

erworben wäre; jedoch sei dieser Grundsatz nur soweit mit Consequenz durchgeführt, als der hauptsächliche Zweck der Befugniß, sich von einer erworbenen Erbschaft wieder loszusagen, erfordere und die Rücksicht auf wohlerworbene Rechte verstatte. So erkläre es sich, wenn es bald heiße: Praetor hunc, qui abstinuit, non habet heredis loco, bald: non est sine herede, qui heredem habet, licet abstinentem se L. 12 pr. D. de interrogat. in jur. 11, 1. L. ult. D. de seq. hered. 29, 2, vgl. mit L. 30. §. 10 D. de fideic. libert. 40, 5.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 124 vgl. mit Bd. 40. S. 360 u. Bd. 42. S. 356.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 701 a. E. u. §. 776.
Francke, Beiträge S. 145 f.

Andere meinen, obiger Grundsatz sei unrichtig, weil nach dem Civilrecht der Erbe nicht aufhöre Erbe zu sein, und das civilrechtliche Princip: semel heres semper heres nur durch des Prätors Vermittelung für den abstinirenden Erben modificirt sei.

A. Schmidt, civil. Abhandl. Bd. 1. S. 63.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 861.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 545.
Schweppe, röm. P.-R. §. 875.

Andere meinen, aus den allegirten Gesetzen folge der Satz: der suus heres höre nur auf Erbe zu sein, soweit dabei von incommoda hereditatis die Rede sei; in Ansehung der Rechte dagegen, welche dritte Personen durch testamentarische Zuwendung des Erblassers erhalten hätten, werde seine Erbeigenschaft als noch fortdauernd betrachtet.

G. L. Böhmer, exercit. de suo herede ab hereditate abstinente vel se immiscente in elect. jor. civ. P. 1. exerc. 4. cap. 2. §. 13 u. 16.

Siehe hiergegen

Averanius, interpr. jur. lib. 1. cap. 9. Nro. 2 et 3.

Präjudiz 1.

Zur Entsagung auf eine Erbschaft, geschehe sie durch eigentliche Repudiation oder mittelst des beneficium abstinendi, ist der Erbe berechtigt, ohne sein Verfahren weiter begründen zu müssen, und sein Erbtheil fällt den Miterben, selbst wenn diese damit unbekannt geblieben waren, vermöge des Anwachsungsrechtes ipso jure zu. L. 31 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. Zu solcher Entsagung bedarf es keiner urkundlichen Erklärung, L. 95 D. eod., und ebensowenig ist eine Acceptation von Seiten der Miterben erforderlich.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 15. Mai 1840, in S. Arnstein w. Vieweg.

Präjudiz 2.

Das beneficium abstinendi ist weder an eine gewisse Zeit, noch an eine bestimmte Form gebunden, mithin ist in der Erklärung der berufenen Erben, daß sie nicht erben wollen, schon der Beweis enthalten, daß sie die väterliche Erbschaft ausgeschlagen haben.

Entscheid. v. J. 1819, mitgetheilt in der jurist. Zeitung für das K. Hannover von 1826. Heft 1. S. 168.

II.

Streitig ist, ob Vermächtnisse bestehen bleiben, wenn der suus, welchem vom Erblasser die Entrichtung der Vermächtnisse auferlegt ist, abstinirt.

Einige meinen, da der suus abstinens, ipso jure Erbe geworden sei, so höre er auch nicht auf suus heres zu sein, sondern er entäußere sich bloß derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche ihn nach der Strenge des Rechts als Erben treffen würden. L. 1. §. 7 D. si quis omissa causa 29, 4. L. 57 D. de acquir. her. 29, 2. Daher werde das väterliche Testament durch die Abstinenz des suus heres nicht destitutum, sondern bleibe in Betreff eines jeden Dritten, welcher darin honorirt worden, giltig; mithin bleiben Vermächtnisse und Pupillarsubstitutionen bestehen. L. 40 u. 41 D. de acquir. her. 29, 2. L. 27. §. 3 D. ad SC. Trebell. 36, 1.

Averanius, interpr. jur. lib. 1. cap. 9. Nro. 31—38 et 48.
G. L. Böhmer, diss. de suo herede ab hered. se abst. §. 16.
Glück, Pand. Bd. 29. S. 239.
Schweppe, röm. P.-R. §. 875.

Andere meinen, aus der Regel, daß, wer jure praetorio abstinirt, jure civili noch den Namen eines Erben behalte, folge nur, daß Dispositionen des Erblassers, welche nicht das Vermögen, sondern nur die Person des eingesetzten Kindes betreffen, wie Pupillarsubstitutionen und die Ernennung eines tutor giltig blieben. Dies lasse aber einen Schluß auf Vermächtnisse nicht zu. — Die bestimmtesten Gesetze, z. B. L. 1. §. 4 D. ut in poss. legat. 36, 4. L. 12 D. de vulg. subst., sprächen dagegen. Es falle also das Recht auf die Vermächtnisse weg, wenn der Testamentserbe abstinire, gerade wie bei dem testamentum destitutum. (Die Widerlegung der gegenseitigen Ansicht siehe bei Francke, Beiträge S. 145.)

Glück, Pand. Bd. 32. S. 21. Not. 35.
Francke, Beiträge S. 145.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 357 u. 383.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 865.
Holzschuher Th. 2. Abth. 1. S. 791.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, statuiren jedoch **ausnahmsweise**, daß die Legate von dem Nachrückenden dann zu entrichten seien, wenn das Testament durch Abstention nicht destituirt werde, L. 1. §. 4 ut in poss. leg., oder wenn sie durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden, L. 6 pr. si quis omissa causa. Ferner müßten die Legate vom Fiscus entrichtet werden, wenn er die Erbschaft als bonum vacans erwirbt und sie solvent ist. L. 96. §. 1 D. de leg. I.

Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 16.

Andere wollen im Falle der Abstention eines suus heres auch eine Ausnahme zum Besten der Vermächtnisse, welche frommen Stiftungen hinterlassen sind, annehmen, arg. L. 30. §. 10 D. de fideic. libert. 40, 5.

Did. Covarruvias in cap. 18 X. de testam. §. 3.

Siehe hiergegen

Francke, Beiträge S. 148.

III.

Streitig ist, ob eine Vulgarsubstitution wirksam werde, wenn ein suus von der Abstention Gebrauch macht.

Einige meinen, die Vulgarsubstitution erlösche allemal, wenn einmal ein Erbe aus dem Testamente existirt habe, gesetzt auch, derselbe höre, durch Abstention oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wieder auf, Erbe zu sein. Denn die Bedingung der Substitution werde ipso jure defect, — si filius meus heres non erit. L. 7. §. 1 D. de minor. 4, 4.

Faber, de error. Pragm. dec. 32. err. 6. 7.
Fachinaeus, controv. jur. lib. 4. cap. 71.
Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. cap. 23.
Schulting, not. ad D. tit. de acquir. vel omitt. hered. T. 6. p. 472.
Fabricius, Ursprung und Entwickelung der b. p. S. 67. Not. 86.

Andere meinen, der Substitut gelte für den Fall als berufen, daß der suus abstiniren sollte. Dafür spreche die L. 44 D. de re jud. 42, 8, wo es heiße: Nachdem die Vormünder eines Unmündigen, Namens desselben, abstinirt haben, komme die Erbschaft an die Miterben oder Substituten. Vgl. L. 98 i. f. D. de acquir. hered.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 865.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 360.
Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 16.

Andere meinen, daß der suus heres dadurch, daß ihm ein Substitut ernannt werde, aufhöre suus heres zu sein, — gleich als ob der Erblasser ihn unter der Bedingung: „si volet“ eingesetzt hätte.

Vinnius, select. quaest. lib. 2. cap. 23.
Averanius, interpr. lib. 5. cap. 30. Nro. 1.

IV.

Streitig ist, ob der Pupill einer Restitution gegen die Einmischung bedürfe, wenn er unter der Autorität des Vormundes Einmischungshandlungen vorgenommen hat.

Einige verneinen dies aus folgenden Gründen: die Quellen bestimmen den Unterschied zwischen Pupillen und anderen Minderjährigen ganz allgemein, ohne zu unterscheiden, ob der Pupill allein oder ob er tutoris auctoritate gehandelt habe, und die Handlung des Tutor könne ihm keine Rechtswohlthat entziehen, die das Gesetz ihm einmal zugestanden habe; auch werde ja der Pupill nicht erst Erbe durch die Einmischung, sondern er sei es schon vorher; auf seine Erbenqualität könne es daher keinen Einfluß äußern, ob er sich mit oder ohne tutoris auctoritas einmische. Endlich sprächen für diese Ansicht die Gesetze: L. 44 D. de re jud. 42, 1. L. 21 D. de auct. et consensu tut. 26, 8.

A. Faber, err. Pragm. dec. 3. err. 5.
Böhmer, exercit. in elect. jur. civ. P. 1. ex. 4. §. 20.

Andere bejahen die Frage. Denn was von einem Pupillen unter Autorität seines Tutors geschehe, gelte in der Regel ipso jure, mit Vorbehalt jedoch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand des verletzten Pupillen. Eine Ausnahme von dieser Regel müsse bestimmt ausgesprochen sein, und dafür könne es nicht gelten, wenn nur ganz allgemein gesagt sei: der Pupill bedürfe seiner Handlungen wegen keiner restitutio; dies sei vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen unter der Voraussetzung zu verstehen, wenn er allein handle. Auch lasse sich dem Grunde: es sei ja ohne Unterscheidung gesagt, der Pupill bedürfe keiner Restitution — ein ähnlicher entgegensetzen: wer sich einmischt, darf nachher ebensowenig noch abstiniren, als ein extraneus heres noch nach der Erbschaftsantretung ausschlagen darf, außer wenn er minderjährig ist. Hier werde also ebensowenig zwischen mündigen und unmündigen minores unterschieden (§. 5 Inst. de acquir. hered.). Ueberdies könne ja ein Pupill tutore auctore, und wenn er noch infans ist, der Tutor für denselben eine Erbschaft giltig erwerben (L. 5. L. 18. §. 2 C. de jure delib. 6, 30) und dagegen finde nur in int. rest. statt. Der Erbschaftsantretung stehe aber die pro herede gestio gleich, und was diese für einen extraneus, sei die Immixtion für den suus, d. h. es werde zwar dem Letzteren dadurch die Erbschaft nicht erst erworben, wie dem Ersteren, allein eine Lossagung von der Erbschaft sei in beiden Fällen nicht mehr möglich — falls nicht Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorhanden sei.

Voet, Comm. ad P. lib. 29 tit. 2. §. 33.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 332.
Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 17.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 377 f.

Ueber die Widerlegung der von den Gegnern allegirten Gesetze siehe

Mühlenbruch a. a. O. S. 334.

V.

Wenn der Zwangserbe abstinirt, und hinterher das väterliche Vermögen aus dem Concurse durch Andere auffaufen läßt, so wird nach L. 71. §. 5. 8 u. 9 D. de acquir. hered. 29, 2 die Abstention als simulirt und der Erwerb durch Kauf einer Einmischungshandlung gleichgeachtet.

Streitig ist, welche praktische Bedeutung dieser Rechtssatz habe.

Einige meinen, wenn auch kein eigentlicher dolus des suus vorausgesetzt werde, so genüge der Wunsch des suus, das väterliche Vermögen ohne die Schuldenlast zu besitzen und die Verheimlichung dieser Absicht (geschehe dies auch nur deshalb, damit nicht der Verkaufspreis zu sehr in die Höhe getrieben werde, wenn er selbst offen als Käufer auftrete) genüge, daß die Abstention als simulirt erscheine.

Böhmer, elect. jur. civ. exerc. 4. cap. 2. p. 18.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 339.

Andere unterscheiden, ob der Kaufpreis bereits bezahlt sei oder nicht, und wollen die Entscheidung der L. 71 cit. nur in dem letzten Falle angewandt wissen.

Cujacius, Comm. in lib. 15. resp. Pand. 29. 2. et observ. lib. 26. cap. 15.
Pothier ad L. 71 de acquir. her. Nro. 25.
Hunger in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. Bd. 3. S. 171. Not. 190 a. E.

Andere meinen, daß eine derartige in L. 71 cit. angeführte Handlung auch für den extraneus heres die Bedeutung einer pro herede gestio habe.

Westphal, von Voelegung und Eröffnung der Testamente §. 83 a. E.

Andere bezweifeln die praktische Bedeutung des ganzen Satzes der L. 71 cit., weil sich die thatsächlichen Voraussetzungen nicht leicht mehr so gestalten könnten, daß er Anwendung finden müßte. Sei der Verkauf nämlich in Folge eines gerichtlichen Verfahrens, namentlich in einem Concurse öffentlich geschehen, so liege kein Grund vor, daß der suus auch per suppositam personam hier nicht sollte kaufen dürfen. Auch werde es in Folge eines solchen nicht leicht zu einem Verkaufe

im Ganzen kommen können. Nun sei es zwar denkbar, daß es in Folge eines Privatabkommens zwischen dem Kinde und den Gläubigern zu einem Verkaufe des Nachlasses (an activis und passivis) komme, wobei freilich wieder keine immixtio geschehen sein dürfe, was etwa durch Protestation vermieden werden könnte. Nur würde sich hier noch wieder fragen, ob nicht durch den Inhalt des Abkommens ein überwiegendes neues Verhältniß zwischen den betreffenden Personen begründet sei? Demungeachtet möge die Anwendbarkeit des Satzes nicht ganz und gar geleugnet werden, als es nicht unmöglich wäre, daß sich der berufene Erbe von manchen Schwierigkeiten, in die er durch offenen Erwerb der Erbschaft verwickelt werden könnte, loszumachen, und durch die den Gläubigern vorgespiegelte Nothwendigkeit eines Arrangements in Güte einen Vortheil zu stiften gedächte, und dazu sich des in Rede stehenden Mittels bediente, — für welchen Fall also die Lossagung, als simulirt, wirkungslos sein würde.

Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 14.

Andere stellen den Satz als praktisch auf: der Mündige kann abstiniren, so lange er sich nicht in die Erbschaft gemischt, oder etwas aus derselben entwendet hat.

Schweppe, röm. P.-R. §. 875.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 545.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 860.

VI.

Hat ein suus abstinirt, so kann er dennoch die Erbschaft wieder erhalten, soweit das Vermögen noch nicht veräußert war. Justinian hat nun in L. 6 C. de repud. vel abstin. hered. 6, 31 hierzu eine bestimmte Frist festgesetzt*), indem die Wiedererhaltung der Erbschaft nur binnen 3 Jahren, die aber erst vom Ablauf der Restitutionszeit wegen Minderjährigkeit gerechnet werden, gestattet sein soll. Hiernach werden Minderjährige auch gegen Veräußerungen, also auch gegen dritte Besitzer von Erbschaftssachen restituirt.

S t r e i t i g i s t n u n, o b d i e s e R e s t i t u t i o n a u c h s t a t t f i n d e, n a c h d e m d e r e h e m a l i g e m i n o r 3 2 J a h r e a l t g e w o r d e n.

Einige meinen, wenn der suus noch minor war, so soll er die Erbschaft innerhalb dreier Jahre von dem Ablaufe des quadriennium der in integr. rest., also vom 29. Jahre an, reclamiren dürfen; s p ä t e r werde ihm dieses nur im Wege der in integr. rest. in dem einen Falle gestattet, daß die Erbschaft während seiner Minderjährigkeit verkauft wurde.

Böhmer, exerc. de suo herede ab hereditate abst. in elect. jur. civ. P. 1. exerc. 4. cap. 2. §. 17.
Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 155.

Andere meinen, die L. 6 cit. enthalte zwei Sätze, wovon der eine auf die Zeit gehe, binnen welcher der Widerruf nur stattfinden solle, der andere auf das besondere Recht der Minderjährigen, gegen bereits erfolgte Veräußerungen Restitution nachsuchen zu können. Für großjährige Abstinenten sei nun das Recht dadurch bedingt, daß die erbschaftlichen Objecte noch nicht veräußert seien, Minderjährige aber würden gegen Veräußerungen restituirt. Unmöglich könne aber dabei gemeint sein, daß diese Restitution noch stattfinde, nachdem der ehemalige minor 32 Jahre alt geworden sei.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 272.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 387.
Schweppe, röm. P.-R. §. 875 a. E.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 871.

VII.

S t r e i t i g i s t, o b d e r E r b e d e s Z w a n g s e r b e n (d e s s u u s h e r e s), w e n n l e t z t e r e r, o h n e s i c h e r k l ä r t o d e r i m m i s c i r t z u h a b e n, s t i r b t, d i e d e m V e r s t o r b e n e n i p s o j u r e e r w o r b e n e E r b s c h a f t m i t d e s s e n e i g e n e r E r b s c h a f t a n n e h m e n, o d e r a u f b e i d e v e r z i c h t e n m ü s s e.

Einige bejahen diese Frage, weil die Transmission des Abstentionsrechts in L. 7. §. 1 D. de acquir. vel omitt. her. 29, 2 nur auf den dort besonders erwähnten Fall, wo der Erbe starb, ohne den Erbanfall erfahren zu haben, zu beschränken sei. Hiernach würde also nur der Enkel als suus heres seines Vaters befugt sein, die großväterliche Erbschaft von der väterlichen zu trennen, wenn der Vater gestorben ist, ohne zu wissen, daß er heres necessarius geworden sei; in allen anderen Fällen dagegen müsse der Erbe des Erben entweder beide Erbschaften annehmen, oder beide ausschlagen.

A. Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 6.
Steppes, die Transmission der Erbsch. S. 46.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 93.
Koch, de liberis suis heredibus ad prob. abstent. non obl. §. 9.

Andere meinen, da es nach der Natur des Rechts, um von dem Abstentionsrechte Gebrauch zu machen, genüge, sich von der Erbschaft ganz zurückgehalten zu haben, so könne dasselbe, wenn das betheiligte Kind bei seinen Lebzeiten keine Veranlassung erhalten hatte, es geltend zu machen, auch von dessen Erben ohne Unterschied ausgeübt werden. — Auch sei das benef. abstinendi seinem Wesen nach eine wahre in integr. restit. gegen einen nach der Strenge des Rechts eingetretenen Nachtheil, ohne daß es einer Nachsuchung zur Ertheilung desselben bedürfe, und ohne daß die besonderen Erfordernisse der in integr. rest. nöthig seien. Das Recht der Restitution gehe aber nach L. 6 D. de in integr. rest. 4, 1 auf die Erben über.

Burchardi, Wiedereins. in den vor. Stand §. 22.
v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 24. S. 159.

*) Damit der zum Abstiniren Berechtigte dieses Rechtes wirklich theilhaftig werde, hat er sich negativ zu verhalten, d. h. sich wirklich aller Erklärung, succediren zu wollen, zu enthalten. So lange er dies gethan, gilt er zwar vorläufig als Erbe (L. 1. §. 7 D. si quis omissa causa 29, 3), es steht ihm aber noch, ohne daß im classischen Pandektenrechte eine präclusivische Frist genannt ist, frei, auf die interrogationes in jure der Gläubiger und Legatare, oder auf deren geradezu angestellte Klagen, nöthigenfalls nach vorgängiger Erbittung eines tempus deliberandi (L. 7 pr. D. de jure deliber. 28, 8) zu antworten, er habe sich der Erbschaft enthalten, und wolle es ferner thun, mit andern Worten, nunmehr ausdrücklich und definitiv zu abstiniren (L. 12 D. de acquir. hered. 29, 2. L. 1 C. si minor ab hered. 2, 38). Dem Justinianeischen Rechte zufolge wird eine Präclusivfrist angenommen werden müssen; ob dieselbe aber drei Monate oder ein Jahr betrage, wird je nach der verschiedenen Auslegung der betreffenden Gesetze (L. 19 u. L. 20. §. 1 C. de jure delib. 6, 30) verschieden beantwortet.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 858.

Mühlenbruch in Glück's Pand. B. 42. S. 345.
Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 15.

Vergl.

Mayer, das Recht der Anwachs. S. 49 u. 266.

Präjudiz 1.

Nach gemeinem Rechte hatten die Nehring'schen Söhne die Erbschaft ihres Vaters, als sui heredes, von Rechtswegen acquirirt, ohne daß es darüber einer Erklärung bedurfte. Es stand ihnen indeß, insofern sie sich nicht immiscirt rc., das beneficium abstinendi zu. Dasselbe ist an keine gewisse Zeit und an keine bestimmte Form gebunden, kann auch von den Erben des suus heres gebraucht werden,

L. 7. §. 1 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2,

und es genügt dazu die Erklärung, nicht Erbe geworden zu sein und nicht Erbe sein zu wollen.

L. 12 D. eod. L. 21 D. de auctor. et consens. tut. 26, 8.

Hätten die Gebrüder Nehring die Erbschaft ihres Vaters angenommen, so würde W. durch Beerbung der Gebrüder Nehring auch Erbe ihres Vaters geworden sein. Es stand ihm sodann nicht frei, die Erbschaft jener anzunehmen, die Erbschaft des Letzteren aber auszuschlagen, vielmehr würde die Antretung der Erbschaft der Söhne von selbst den Erwerb der Erbschaft des Vaters bewirkt haben, und er könnte hinterher das erworbene Erbrecht des Vaters nicht wieder aufgeben.

L. 194 D. de reg. jur. 50, 17.
L. 10. §. 2 D. de vulgari subst. 28, 6.
L. 7. §. 2. L. 10. L. 80. §. 1 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
L. 4 C. de repud. hered. 6, 31.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 23. Febr. 1836, in A.-S. Graberg u. Cons. c. Nehring.

VIII.

Streitig ist, ob der Erbeserbe das benef. abstinendi nur in dem Falle habe, wenn er selber suus heres seines Erblassers war, oder ob er es auch als extraneus heres hatte.

Einige meinen, der Erbeserbe habe dies Recht nur, wenn er selber suus heres seines Erblassers war. Dafür spreche der Ausdruck der L. 7. §. 1 D. de acquir. hered. 29, 2 und der L. 19 C. de jure deliber., woselbst es heiße: filios familias hereditatem paternam posse in suam posteritatem transmittere. Es sei hier nämlich die Rede von dem Abstiniren im Namen eines anderen suus, dieses setze aber die Eigenschaft eines suus heres ebenfalls in der Person desjenigen voraus, auf den das Recht, zu abstiniren, übergehen solle; überdies sei diese Transmission offenbar etwas Exorbitantes, daher strict zu interpretiren.

A. Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 6.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 93. §. 4.

Andere meinen, auch der extraneus heres habe das Recht. Die Eigenschaft eines suus heres sei eine relative, keine absolute. Der Enkel, wovon Paulus in der L. 7 cit. spreche, sei suus heres seines Vaters; allein die Abstention beziehe sich ja auf den großväterlichen Nachlaß, in Beziehung auf diesen sei er aber extraneus. Das angeblich Exorbitante widerlege sich durch die offenbare Analogie zwischen dem jus abstinendi und der Restitution wider eine erworbene Erbschaft, welche doch jeder Erbe aus der Person seines Erblassers in Anspruch nehmen dürfe. Daß Justinian in der L. 19 cit. von einem transmittere in suam posteritatem spreche, sei eine allgemein gehaltene Redensart, welche soviel bedeute, als das deutsche: unsere Nachkommen.

v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 24. S. 164. Not. 17.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 350 f.

Andere schließen aus den Worten der L. 19 cit. transmittere in suam posteritatem, daß die Transmission des jus abstinendi auf alle Kinder des suus heres, also nicht gerade auf die suos gehe.

Huber, praelect. ad P. 28. 2. §. 5 a. E.

IX.

Wenn der Intestaterbe abstinirt und keine Miterben vorhanden sind, so streitet man, wem die Succession alsdann deferirt werde.

Einige meinen, durch Abstention eines suus heres werde die Erbschaft dem folgenden Grade deferirt. In L. 6 C. de leg. hered. 6, 58 und L. 5 C. de rep. vel abst. her. 6, 31 werde dieser Grundsatz ausgesprochen, und durch L. 6. §. 2 u. 3 de bonis lib. 38, 2 und L. 1. §. 8, 9 u. 10 ad SC. Tertull. bestätigt. (Siehe die Erklärungen dieser Gesetze von Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 372 f.)

Francke, Beiträge S. 146.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 372 f.
Leist, bonor. poss. Bd. 2. S. 282.
Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 16.
Fabricius, Urspr. u. Entwickel. der bon. poss. S. 67 f.

Andere leugnen dies unter Bezugnahme auf L. ult. de success. edict. 38, 9 und lassen den Nachlaß als bonum vacans an den Fiscus fallen; da der abstinirende Erbe dennoch Erbe bleibe, so könne die Delation nicht weiter rücken. Die von den Gegnern angeführten Gesetze sucht man durch Aufstellung dabei vorkommender besonderer Voraussetzungen zu beseitigen.

Chesius, interpret. jur. lib. 2. c. 21.
Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. c. 14. lib. 2 c. 23.
Schilter, praxis jur. R. exerc. 41. §. 88.
u. die Not. 92 bei Mühlenbruch Bd. 42. S. 369. angef. älteren Schriftsteller.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 867.

Andere meinen, wenn auch der suus Erbe bleibe und bloß zu seinem eigenen Vortheile abstinire, welches beneficium einem Dritten nicht zu Gute kommen könne, so leide es doch keinen Zweifel, daß die nun aufgegebenen Güter mit der bonorum possessio erlangt werden können, sofern der nächstfolgende Berechtigte die dazu vorgeschriebene Frist beobachte. Man stützt sich auf Theophilus paraphr. ad pr. Inst. de pup. subst. 2, 16, verglichen mit L. 6. §. 2 de bon. libert. 38, 2 und L. 44 D. de re jud. 42, 1.

Schweppe, röm. P.-R. § 875. S. 248.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 545.

Siehe hiergegen

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 868.

Andere meinen, gewöhnlich werde es in dem vorerwähnten Falle zur bonorum venditio kommen, § 2 Inst. 2, 20. L. 79 D. 36, 1, und ergebe sich nach Befriedigung der Gläubiger ein Ueberschuß, so frage sich weiter, ob diesen die Gläubiger lucriren, oder ob derselbe dem suus restituirt werden solle. Letzteres müsse

zu Gunsten des impubes suus angenommen werden, L. 79 D. 36, 1. L. 6 pr. D. 42, 5. und von dem adultus müsse ein Gleiches gelten,

Hotzschuher, Th. 3. S. 211.

während Andere meinen, daß der Ueberschuß den Creditoren zukomme.

Faber, errur. Pragm. 31. 10.

X.

Streitig ist, wem der Beweis obliege: ob nämlich der Nachlaßgläubiger beweisen müsse, daß sich der suus immiscirt habe, oder dieser, daß er vom benef. abstin. Gebrauch gemacht habe.

Einige meinen, da dem suus heres das Recht zu abstiniren ohne Beschränkung auf einen gewissen Zeitraum zustehe, und er deshalb auch an keine sonstigen Solennien gebunden sei, so könne derselbe, so lange er sich nicht immiscirt habe, L. 57 pr. L. 58 pr. L. 71. §. 3 u. 4. L. 87. L. 88 D. de acquir. her. 29, 2, jeden auf die Supposition seiner erbschaftlichen Qualität gestützten Angriff durch Berufung auf das benef. abstin. zurückweisen, und liege deshalb dem Kläger der Beweis der geschehenen Immixtion ob.

Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 345.
Koch, de liberis heredib. suis ad probat. abstent. non oblig.
Böhmer, elect. jur. civ. T. 1. §. 25.
Höpfner, Instit. §. 540.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 329 u. 392 f.
Puchta, Vorlesungen II §. 500.
Pfeiffer, neue Samml. bemerk. Entsch. III. Nr. 73.
Walch, introduct. in contr. jur. pag. 383.
Weber, Verbindlichkeit zur Beweisf. Abschn. 6. §. 28.

Andere meinen, der Verklagte müsse beweisen, daß er abstinirt habe. Denn theils gehe dies aus L. ult. C. de jure delib. 6, 30, wonach der heres binnen 3 Monaten über die Abstention sich erklären müsse, widrigenfalls er an die Erbschaft gebunden sei, hervor,

Pufendorf, observ. jur. univ. T. III obs 8.

Hiergegen siehe

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S 327—334.
Jurist. Zeitung für Hannover. Jahrg. 1. S. 165.

theils folge die Richtigkeit dieser Ansicht aus der Natur der Sache. Denn die Gläubiger gründeten ihre Ansprüche auf die Erbenqualität des suus, und diese sei liquide, da ja der suus ipso jure Erbe sei. Die Gläubiger hätten also fundatam intentionem, wogegen der Verklagte sich auf einen ausnahmsweisen, oder jure singulari für ihn eintretenden Befreiungsgrund berufe; er habe also das Dasein der factischen Voraussetzungen dieses Befreiungsgrundes darzuthun.

H. Cocceji, diss. de success. ab int. sect. 3. §. 4.
S. Cocceji, contr. jur. 29. 2. qu. 3.
Averanius, interpr. jur. lib. 1. c. 9. Nrn. 20 et 21.
Berg, jurist. Beob. u. Rechtsf. Th. 2. S. 103.

Andere meinen, daß ein suus, wenn er im Besitz der Erbschaftssachen geblieben ist, darthun müsse, daß er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus anderen Gründen fortgesetzt habe.

Mevii decis. P. 2 dec. 143.
Hofacker, princ. jur. civ. § 1168.
Thibaut, System §. 987.

Andere erinnern hiergegen, daß, wenn Handlungen vorliegen, welche als Einmischungshandlungen betrachtet werden konnten, so ändere dies an der Beweislast nichts, und dem Abstinenten liege nur der Gegenbeweis ob, die Folgerichtigkeit der vorgeschützten Handlungen zu entkräften.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 395.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 202. Not. 10.

Präjudiz 1.

Die Erklärung, von der Erbschaft sich lossagen zu wollen, ist so wenig an eine bestimmte Zeit als an eine bestimmte Form gebunden. Die Ansicht Pufendorf's (obs. Tom. 3. obs. 8), der suus müsse behaupten, es habe eine apertissima renunciatio binnen drei Monaten stattgefunden, wird durch die dafür angeführte C. ult. §. 1 de jure deliberandi nicht begründet*).

Erk. des OAG. zu Cassel vom 23. Oct. 1832 und 26. Januar 1848.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 77.

*) Vgl. Vangerow im Arch. f. civ. Praxis Bd. 22 Nr. 7. Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. 6. S. 129.

Präjudiz 2.

In den Motiven einer Entscheidung wurde die Freisprechung der Kinder von der Beweislast mit der Erwägung gerechtfertigt, „daß von der Appellantin in der Eigenschaft als Vormünderin ihrer Kinder nicht eine schon früher erklärte Verzichtleistung auf deren väterliche Erbschaft behauptet, sondern erst im gegenwärtigen Rechtsstreite die Erklärung, Namens derselben zu abstiniren, abgegeben worden ist, und daher weder von einer Beweisauflage über die erstgedachte nicht aufgestellte Behauptung, noch von einer Beweisführung über den letzterwähnten actenkundigen Umstand die Rede sein kann."

Erk. des OAG. zu Cassel vom 16. Mai 1835.

In den Motiven einer Entscheidung des OAG. zu München vom 30. Mai 1846 kommt über die bezeichnete Streitfrage vor: „Wer gegen den suus heres die Immixtion behauptet, muß diese gegen denselben beweisen. Ist jedoch, lehrt Thibaut, PR. §. 836 (§. 987 der 8. Ausg.), ein suus im Besitz der Erbschaftssachen geblieben, so muß er darthun, daß er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus andern Gründen fortgesetzt habe. Diese Voraussetzung ist aber nicht gegeben, wenn nur vorliegt, daß der suus Sachen, welche aus dem Vermögen des Vaters gekommen, in Besitz habe, ohne daß zugestanden oder bereits dargethan ist, daß sie ihm nach dem Tode des Vaters aus dessen Nachlaß zugekommen seien. Behauptet etwa der sich für das beneficium abstinendi erklärende suus, die fraglichen Sachen titulo singulari überkommen zu haben, so muß gegen ihn von dem Gläubiger, welcher diesen Sachenbesitz als Immixtion geltend macht, der Beweis geführt werden, daß er sie als Erbschaftssachen in Besitz und Verfügung darüber getroffen habe."

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 78.

Präjudiz 3.

Den Beweis der vom suus heres geleugneten Immiscirung hat der Gegner zu führen, und braucht der suus nicht darzuthun, daß er abstinirt habe.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 15. Aug. 1837.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 230.

Präjudiz 4.

In der Rechtssache Woltmann w. Wisse hatte Kläger den Beklagten als Erben des ursprünglichen Schuldners, seines Vaters, in Anspruch genommen und zur Herstellung der Passiv-Legitimation unter Eidesantrag behauptet, der Beklagte sei das einzige Kind seines ohne Testament und Wittwe verstorbenen Vaters, er habe die Erbschaft angetreten, er sei somit der einzige Erbe des Schuldners geworden, und Verurtheilung gefordert. Der Beklagte stellte in Abrede, daß er einziger

Erbe des Vaters geworden und acceptirte den Eid, bemerkte, daß die Erbschaft des Vaters von ihm ausgeschlagen sei, und beantragte Abweisung des Klägers. Der Kläger stellte replicando in Abrede, daß Beklagter die Erbschaft des Vaters ausgeschlagen habe. In dem Verhandlungstermine hob Kläger hervor, daß der Beklagte als filius familias anzusehen sei, daß er die Erbschaft ipso jure erworben habe und daher daß er ausgeschlagen habe, nicht bloß habe behaupten, sondern auch mit Beweismitteln habe unterstützen müssen, und weil dieses nicht geschehen, als Erbe anzunehmen sei

Durch Erkenntniß des Kreisgerichts Helmstedt vom 10. März 1856 wurde der Beklagte unter Verurtheilung des Klägers zum Kostenersatze von der Klage entbunden, aus folgenden

Gründen:

Der Anspruch gegen den Beklagten als Erben seines Vaters ist nach der heutigen Begründung desselben lediglich darauf gestützt, daß der Beklagte, indem er sich zur Zeit des Todes seines Vaters noch in dessen väterlicher Gewalt befunden, nach dem Gesetze ipso jure sein Erbe geworden sei, worin das Vorbringen des Klägers, daß er die Erbschaft angetreten hätte, welches Wort bei dem heres voluntarius die Bedeutung der ausdrücklichen Erklärung darüber hat, aber bei dem suus heres ohnehin ungebräuchlich ist, also seine Erklärung finden muß. Einer Eideszuschiebung über die Antretung der Erbschaft bedurfte es sonach nicht. In der Vernehmlassung auf die Klage ist die Erklärung des Beklagten enthalten, daß die Erbschaft seines Vaters von ihm ausgeschlagen sei. Wäre dieses nicht geschehen, so würde nach dem Rechtssatze: semel heres semper heres, der Beklagte als Erbe zu betrachten sein. Da aber das beneficium abstinendi auf einen Zeitraum nicht beschränkt, vielmehr nach der L. 11. 12 D. de acq. vel omitt. hered. 29, 2 bis zur Immixtion immer noch statthaft und eine Einmischung des Beklagten von Seiten des Klägers nicht behauptet ist, so muß jene immer noch zeitige Erklärung für die Beurtheilung der Frage, ob der Beklagte als Erbe des Vaters zu behandeln sei, maßgebend sein.

Auf verfolgte Berufung wurde dieses Erkenntniß vom Obergerichte unterm 10. Juni 1856 bestätigt in der Erwägung:

daß die auf die Sachlegitimation des Beklagten sich beziehenden Thatsachen vom Kläger in den Vorverhandlungen nicht mit der erforderlichen Genauigkeit vorgetragen sind und es namentlich zweifelhaft lassen, in welcher Art und Weise der Beklagte die väterliche Erbschaft erworben haben soll,

daß daher Beklagter auch nicht specieller als er gethan, über die ihm zugeschriebene Erbenqualität sich zu erklären im Stande war,

daß Kläger jedoch in der Hauptverhandlung vor dem Gerichte erster Instanz seine desfallsigen Angaben durch die Behauptung, Beklagter habe seinen Vater als filius familias beerbt, näher präcisirt hat, daß aber unter dieser — unwidersprochen gebliebenen — Voraussetzung von einer Antretung der väterlichen Erbschaft Seitens des Beklagten die Rede nicht sein kann, weil der filius familias die Erbschaft ipso jure erwirbt, und daß demnach die über jene angebliche Antretung vom Kläger zur Hand genommene Eideszuschiebung als unpassend und keiner Erklärung bedürftig, mit Recht unbeachtet geblieben ist,

daß dem Beklagten in seiner nach den eigenen Angaben des Klägers feststehenden Eigenschaft als suus heres das Recht zu abstiniren zusteht, daß der Gebrauch dieses Rechtes an Formen und Zeiten nicht gebunden und selbst nach erhobener Anklage noch zulässig ist, sofern eine Immixtion nicht stattgefunden hat, L. 11. 12 D. de acq. vel omitt. her. 29, 2. L. 21 D. de auct. tut. 26, 8, daß daher die vom Beklagten in der Vernehmlassung abgegebene Erklärung über die Ausschlagung der väterlichen Erbschaft für seine Befreiung von dem Klaganspruche um so gewisser genügt, als Kläger replicando eine Einmischung des Beklagten in diese Erbschaft nicht behauptet, geschweige denn bestimmte Erklärungen oder Handlungen desselben, welche den Vorwurf einer Immixtion begründen könnten, angeführt hat, was um so nöthiger gewesen wäre, weil nach der richtigen Meinung nicht dem abstinirenden suus der Beweis der schon vor der Klaganstellung geschehenen Abstention, sondern dem klagenden Gläubiger oder Legatar die Nachweisung der Immixtion und des dadurch bewirkten Verlustes des benef. abstinendi obliegt,

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. 28. S. 269—275.

Glück, Comm fortg. von Mühlenbruch Bd. 42. §. 1490.

Puchta, Vorlesungen Bd. 2. §. 500 a. E.

daß diesem allen nach die vom Richter erster Instanz erkannte Freisprechung des Beklagten von der Klage und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Actenlage vollkommen entsprach, L. 57 D. de acq. vel omitt. her. 29, 2.

Zeitsch. f. Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 4. S. 9.

Präjudiz 5.

In Appellations-Sachen Wilke und Ehrich wird für Recht erkannt:

ad grav. 1. Wenn gleich der Klägerin nach Maaßgabe des von ihr beigebrachten Extracts ihrer Ehestiftung, von ihrem Ehemann der ihm zugehörige Kothhof als Gegenvermächtniß zugeheirathet ist, so daß selbige als Miteigenthümerin dem Hofe mit ihm gemeinschaftlich vorstehen soll, sie jedoch nach der Natur des Bauernrechts, weder über das Gut selbst, noch über die Nutzungen ein freies Dispositionsrecht erhalten hat, gedachter Hof also rücksichtlich der Proceßkosten nicht zum Executionsobjecte dienen, mithin auch dem Beklagten keine Sicherheit gewähren kann, diesemnach die Beschwerde für begründet zu achten ist;

ad grav. 2. Klägerin zugestanden hat, daß der qu. Hof rücksichtlich dessen sie die fragliche Abfindung fordert, von der Mutter des Beklagten herkomme und nicht ihres Vaters Eigenthum gewesen sei, hieraus aber von selbst folgt, daß der letzte darüber nicht willkürlich verfügen und den Hof nicht über die, unter gerichtlicher Autorität für ein Kind zweiter Ehe in dessen Ehestiftung festgesetzte Abfindung ohne Zustimmung des Anerben mit höhern Abfindungen beschweren konnte, daß also auch die in dessen Testamente geschehene Bestimmung der Klägerin von dem fragl. Hofe, für den Beklagten, insofern er seines Vaters Erbe nicht geworden, unverbindlich ist, übrigens aber die Gesetze den suis uneingeschränkt das beneficium abstinendi so lange gestatten, als sie sich in die Erbschaft noch nicht immiscirt haben, Beklagter aber ausdrücklich erklärt hat, daß er die Erbschaft seines Vaters nicht angetreten habe und nicht antreten wolle, die Klägerin den Beweis der Immixtion zu führen schuldig ist,

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung.

v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Th. 2. Nr. 9.

so wird das Erkenntniß des Gerichts erster Instanz dahin abgeändert, daß Klägerin behuf Sicherstellung des Beklagten wegen der Kosten dieses Processes binnen 4 Wochen sub praejudicio Caution zu 40 Thlr. hoch zu bestellen habe, in Ansehung der Hauptsache aber, Beklagter von der wider ihn angebrachten Klage zu entbinden und Klägerin demselben die Kosten des Processes zu erstatten schuldig sei, sie könnte denn binnen 4 Wochen sub poena desertionis beweisen:

daß der Beklagte sich bereits in die Erbschaft seines Vaters immiscirt habe,

worauf rc.

Erk. des LG. Wolfenbüttel v. 5. Dez. 1822.

Beneficium deliberandi.

Rompff, diss. de jure deliberandi et inventarii in ineunda hereditate (1777).

Koch, diss. de herede deliberante (1783).

Thibaut, Versuche Bd. 2. Nr. 7.

v. Buchholz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. Nr. 10.

v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. Nr. 7.

Recensionen (von Puchta und Arndts) in den krit. Jahrb. für d. R.-W. v. Richter und Schneider Jahrg. 4. S. 7—29.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 277 f.

Dollmann in Seuffert und Glück's Blättern für RA. Bd. 6. S. 129.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 887 f.

I.

Streitig ist, ob die L. 19 C. de jure delib. 6, 30 ein gesetzliches spatium deliberandi eingeführt habe.

Einige meinen, so lange der Erbe den Anfall noch nicht erfahren hat, könne er zu jeder Zeit antreten, bis er etwa durch Verjährung ausgeschlossen sei, werde er jedoch von den Erbschaftsinteressenten gedrängt, so müsse er sich nunmehr sofort erklären, oder um ein tempus deliberandi bitten. Dann sei ihm vom Regenten eine Frist von einem Jahre, vom Richter eine neunmonatige Frist, a die decreti angerechnet, zu verwilligen. Erkläre er sich binnen derselben nicht, so werde er (nach L. 22. §. 14 d. jure delib.) als Erbe oder als Nichterbe behandelt. In diesem Falle sei überall von einem gesetzlichen spatium deliberandi keine Rede. Kenne dagegen der Erbe den Anfall, und es sei ein Jahr vom Augenblick der Wissenschaft an verflossen, ehe er eine Deliberationsfrist beim Kaiser oder beim Richter nachgesucht habe, so könne er keine weitern Ansprüche auf die Erbschaft machen. Werde er aber inzwischen gedrängt, so müsse er sich gleich erklären, oder eine Deliberationsfrist erbitten, welche stets a die decreti laufe. Er sei aber auch befugt, ohne gedrängt zu sein, ein spatium deliberandi mit gleicher Wirkung nachzusuchen, nur müsse dies vor Ablauf der gesetzlichen Frist geschehen, indem er sonst ein für allemal ausgeschlossen sei.

Thibaut, Versuche Bd. 2. Nr. 7. S. 183 f.
Mackeldey, Lehrb. §. 688. Nr. 2.

Andere meinen, der Erbe habe stets ein Deliberationsjahr nach dem Gesetze und außerdem noch eine Frist von einem Jahr oder neun Monaten.

Höpfner, Inst. §. 548.

Andere meinen, daß der Regent oder Richter die Zeit, während welcher der Erbe den Anfall kannte, mit in die erbetene Deliberationsfrist einrechnen müsse,

Koch, diss. de herede deliberante §. 14.

und über dieses Jahr, resp. neun Monate könne die Frist nicht verlängert werden.

Sintenis, Civilr. §. 185. S. 324.

Andere meinen, in dem ganzen Gesetze sei nicht von einer gesetzlichen Deliberationsfrist, sondern nur von dem Transmissionsrechte die Rede.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 314 f.
Schömann, Handb. des Civilr. Bd. 2. Nr. 12 und dessen Recens. in den Heidelberger Jahrb. v. 1808 II. S. 84.
Unterholzner, Verjähr. II. §. 166.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10 S. 388 f.
v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. S. 153 f.
Mayer, Erbrecht I. S. 349.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 503.

Präjudiz 1.

Der in L. 19 C. de jure delib. festgesetzten Deliberationsfrist ist eine ausschließende Kraft in der Art, daß nach dem Ablaufe der Frist der nicht etwa von Miterben gedrängte Erbe die Erbschaft nicht mehr antreten dürfe, keineswegs beizulegen, folglich auch aus diesem Ablaufe ein stillschweigender Verzicht auf die Erbschaft nicht abzuleiten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 301.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 742.

Erk. des OAG. Wolfenbüttel vom 13. Oct. 1848, i. S. Bötel und Westphal.

II.

Unter den Vertheidigern der gesetzlichen Deliberationsfrist (s. c. I) herrscht Streit, wie ihr Verhältniß zu der L. 22. §. 14 C. de jure deliberandi sei.

Einige meinen, es werde durch die L. 22 nur die Transmissionszeit modificirt, indem dieselbe nicht mehr schlechthin ein Jahr vom Tage des erfahrenen Anfalls betragen, sondern nur die von der erbetenen Deliberationsfrist noch übrige Zeit dem Erbeserben zu Gute kommen solle.

Thibaut, Versuche II. S. 182 f.

Andere meinen, durch die L. 22 sei zwar das gesetzliche Deliberationsspatium aufgehoben, in Ansehung der jährigen Transmissionsfrist aber nichts geändert (L. un. §. 5 C. de caduc. toll.).

Glück, Intestaterbf. S. 93 f.
Koch, diss. de hered. deliberante §. 44.
Westphal, Vorlegung und Eröffnung der Testam. §. 278.

Andere meinen, die Derogation der L. 22 beziehe sich auf beide Punkte.

Mühlenbruch im civ. Archiv Bd. 2. S. 389. Not. 64.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 693.

III.

Unter den Vertheidigern der Ansicht, daß Justinian in der L. 19 C. de jure delib. nur ein Transmissionsrecht eingeführt habe, herrscht ebenfalls Streit, wie ihr Verhältniß zu der L. 22 C. eod. sei.

Einige meinen, die L. 22 sei so zu interpretiren: Wer nicht innerhalb dreier Monate vom erfahrenen Anfall der Erbschaft angerechnet, die Erbschaft ausschlägt, muß sie annehmen, falls er nicht etwa ein Inventar errichtet, oder um Deliberation nachsucht. Diese drei Monate sollen dann die Bedeutung eines gesetzlichen spatii deliberandi haben, mit dem Präjudize, daß ein Stillschweigen des Erben die Folge habe, als wenn er ohne Inventar die Erbschaft angetreten hätte.

Marezoll im civ. Archiv Bd. 8. S. 268 f.

Andere, welche dieser Ansicht im Allgemeinen beipflichten, unterscheiden drei Fälle: a) der Erbe erklärt sich innerhalb dreier Monate nach erfahrenem Erbschaftsanfalle überhaupt nicht — dann müsse er Erbe werden, und könne sich von der Erbschaft nicht losmachen, — b) er tritt die Erbschaft cum benef. invent. binnen gesetzlicher Zeit an, — so bleibe er Erbe, — c) er sucht ein spatium deliberandi nach — dann könne er innerhalb desselben noch ausschlagen.

Mühlenbruch, doctr. P. ed. 1. u. 2. §. 508. ed. 3. §. 693.

Siehe hiergegen

v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. S. 173 f.

Andere meinen, durch L. ult. §. 1 cit. sei eine präjudicielle Antretungsfrist angeordnet, d. h. bestimmt: wer innerhalb dreier Monate sich nicht erkläre, sei von der Erbschaft ausgeschlossen; sterbe er aber während dieses Zeitraums, so transmittire er den Rest dieses Zeitraums auf seine Erben — woraus folge, daß

während dieser Zeit Deliberation nachgesucht werden müsse, indem dies nicht mehr möglich sei, wenn der Erbe einmal ausgeschlossen worden.

Westphal, von Vorlegung und Eröffnung der Test. S. 187.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 433.

Hiergegen siehe

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 332 f.
v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. S. 184.

Andere meinen, die in der L. ult. cit. erwähnte dreimonatige Frist sei keine präjudizielle; Justinian habe nur sagen wollen: Wer ganz deutlich und unumwunden ausschlägt, der darf kein Inventar mehr machen, und hat auch keinen andern Umweg mehr zu hoffen, er hat mit einem Worte allen und jeden Anspruch auf die Erbschaft verloren. Hiernach würde durch eine ganz unzweideutige Ausschlagungshandlung nicht etwa ein Nachtheil vermieden, sondern umgekehrt ein Präjudiz begründet, indem nunmehr ein Recurriren zur Erbschaft nicht mehr möglich sei, wenn auch die zur Inventarisation bestimmte Frist zur Zeit der Ausschlagung noch nicht abgelaufen wäre; wogegen, wenn noch irgend ein Zweifel gegen die Ernstlichkeit der Renunciation vorliege, bis zum Ablauf der Inventarisationsfrist noch ein Recurs zum beneficium inventarii möglich sei.

v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. S. 206 f.

Siehe hiergegen

Arndts in der Recension in den krit. Jahrb. für RW. von Richter und Schneider, Jahrg. 4. S. 26.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 346.

Andere meinen, daß sich Justinian bei den Worten der L. 22 cit. nichts Klares gedacht habe, weshalb auch nichts Klares daraus abzuleiten sei. In §. 1 habe er zuerst den Fall berührt, auf welchen sich die gesetzliche Neuerung, das beneficium inventarii, nicht beziehen solle, nämlich wenn der Berufene über unbedingte Annahme oder Ablehnung der Erbschaft nicht zweifelhaft sei. Von Inventarisation könne alsdann keine Rede sein, und ebensowenig von andern Umständlichkeiten, d. h. von einer Deliberationsfrist, also von keinem der beiden Mittel (gemini tramites, §. 14 cit. loc.), welche im Folgenden näher erörtert werden sollten. Indem er aber den letzten Fall berührte, habe ihm schon die dreimonatige Frist im Sinne gelegen, die im folgenden §. für die Inventarserrichtung bestimmt werden sollte. Im Laufe von drei Monaten würde gewöhnlich der Berufene, wenn er nicht zur Inventarerrichtung greife, schon durch die Gläubiger oder Nacherben zur Erklärung gedrängt werden, und so würde in der Regel derjenige, welcher erst später der Erbschaft entsage, schon in den Fall gesetzt worden sein, um eine Deliberationsfrist zu bitten. Diese Vorstellungen dunkel im Kopfe hegend, habe der Verfasser des Gesetzes schon in §. 1 die Worte intra trium mensium spatium einfließen lassen, ohne denselben wohlbedacht eine wichtigere Bedeutung beizulegen, und ohne namentlich den Gedanken irgend klar gedacht zu haben, daß es sich anders verhalte, wenn der Berufene erst post trium mensium spatium renunciat, ohne vorher irgend etwas gethan zu haben, ohne namentlich zu Erbittung einer Deliberationsfrist gedrängt zu sein.

Arndts in Leipziger krit. Jahrb. v. 1840. S. 28 f.
Mayer, Erbrecht S. 347 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 351

Andere meinen, folgende Auslegung sei noch möglich und bevor man zu dem trostlosen „non liquet" sich bekenne, vorzuziehen. Man habe sich einfach an die Worte zu halten, daß, wer innerhalb dreier Monate die Erbschaft bestimmt ausschlage, in keiner Weise durch den Anfall belästigt werden solle; es solle mit andern Worten dann das bisherige Recht fortgelten, und die folgenden neuern Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen. Der Einwand: danach müsse angenommen werden, daß der berufene Erbe binnen dieser Frist von Gläubigern u. s. w. gar nicht angegriffen, oder zu einer Erklärung solle gedrängt werden können, sei hiernach unbegründet. Man denke sich nämlich nur einmal den Fall so, daß der Berufene im Besitz der Erbschaft sei, ohne sich indessen zu immisciren oder pro herede zu geriren, und daß ihm alsbald nach dem Anfall oder dem Kundwerden desselben keine Veranlassung von Gläubigern u. s. w. zu einer Erklärung gegeben werde. Wenn er in diesem Fall durch eine freiwillige unumwundene, binnen drei Monaten erfolgende Ausschlagung ganz von der Erbschaft loskommen, d. h. kein Inventarium zu machen nöthig, oder sonst durch eine auszubringende Deliberationsfrist und deren Folgen, Umstände haben soll, vielmehr einfach den Nachlaß herauszugeben habe, und diejenigen, an welche dies geschieht, wenn sie etwa behaupten, daß der Bestand ein größerer, wie der herausgegebene gewesen, dies im gewöhnlichen Wege beweisen müssen, — so sei er doch offenbar in einer besseren Lage, als wenn er es dazu kommen lasse, von diesen eine Deliberationsfrist ausgebracht zu sehen, sei es binnen, oder nach Ablauf der drei Monate, indem er nun genöthigt sei, auch im Fall der Ausschlagung wenigstens ein Inventar zu errichten, wenn er sich nicht noch größern Nachtheilen aussetzen wolle.

Henr. Sintenis, sel. cap. ex j. civ. p. 74.
Puchta in der Recension der v. Vangerow'schen Abhandl. in den Leipz. Jahrb. von 1840. S. 12 f.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 9.

Ueber die Frage, ob das beneficium deliberandi neben dem beneficium inventarii bestehe, siehe beneficium inventarii c. 35.

Beneficium inventarii.

Lauterbach, disp. de beneficio inventarii.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts, Anhang zu §. 116. S. 68 f.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. Nr. 10.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 355 f.
Marezoll im civ. Archiv Bd. 8. S. 268.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 909.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 4. Nr. 62 und 77.

I.

Streitig ist, ob man das beneficium inventarii ausdrücklich erbitten oder impetriren müsse.

Einige bejahen dies, und sei die ausdrückliche Erklärung erforderlich, daß man cum benef. legis et inventarii antreten wolle. Der Erbe, welcher sich in die Erbschaft einmische, ohne eine Protestation hinzuzufügen, sei von dem beneficium inventarii ausgeschlossen.

Voet ad P. 28. 8. §. 13.
Mevius, decis. P. V. dec. 145. Nro. 5 u. 6.
Mackeldey, Lehrb. §. 689.

Andere verneinen dies; denn der Kaiser sage ausdrücklich, wer die Erbschaft antrete, und binnen der gehörigen Zeit und in der von ihm vorgeschriebenen Art ein Inventar errichte, solle die Vortheile in Anspruch nehmen dürfen, welche das Gesetz an das Inventar knüpfe. Wer also ausdrücklich oder durch Einmischungshandlungen seine Absicht, Erbe werden zu wollen, an den Tag lege, und demnächst ein vorschriftsmäßiges Inventarium errichte, der sei ohne Weiteres Beneficiaterbe.

Struben, rechtl. Bedenken Bd. 2. Nr. 2.
Fratr. Beckmannorum cons. II. p. 889.
Höpfner, Instit. §. 549. Not. 1.
Sintenis, Civilrecht §. 185. Not. 14.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 355.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4. Nr. 62.

Auch könne nach der Praxis ein negotiorum gestor die Inventur beantragen,

Struben, rechtl. Bedenken Bd. 4. S. 251.

welchem das amtliche Einschreiten der die Erbregulirung leitenden Behörde, im Interesse und auf Rechnung der Erben gleichstehe.

Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 13.

Präjudiz 1

In Sachen Hirsch und Heimburg hatte das Untergericht die Verklagten, welche gegen einen Erbschaftsgläubiger sich mit der Einrede der Präclusion in Folge einer von ihnen beim unbedingten Antritt der Erbschaft bewirkten Edictalladung schützen wollten, zurückgewiesen. Die Justizcanzlei hob diese Entscheidung aber in soweit wieder auf, als sie die Haftungsverbindlichkeit nur bis zum Betrage der Erbschaft aussprach. Auf Appellation des klagenden Erbschaftsgläubigers stellte das OAG. Celle das Amts-Erkenntniß wieder her, verbis:

Nachdem, was die erste Beschwerde des Klägers betrifft, die Einrede der Präclusion als völlig verwerflich erscheint, weil einer zu Gunsten von nicht sub beneficio inventarii antretenden Erben erlassenen Edictalladung und dem darauf erlassenen Präclusivbescheide weder nach gesetzlichen Vorschriften noch nach einem etwaigen Gerichtsgebrauche irgend eine ausschließende Wirkung, selbst nicht einmal die Wirkung, daß nicht angemeldete Erbschaftsforderungen von dem Erben nur bis zum Belaufe der Erbschaft berichtigt zu werden brauchen, beigelegt werden kann — so wird die Einrede der Präclusion gänzlich verworfen.

Magazin für hannov. Recht Th. 2. S. 432.

Präjudiz 2.

1) Gegen den Beneficialerben ist, da er wirklich Erbe ist, die Rechtsverfolgung Seitens der Erbschaftsgläubiger und Legatare durch Klagenanstellung, wenn die zur Vollendung des Inventars vorgeschriebene Frist abgelaufen ist, L. 22. §. 11 C. de jure delib. 6, 30, nicht ausgeschlossen, sondern die Rechtswohlthat des Inventars hat nur auf die Vollziehung des demnächstigen Erkenntnisses den Einfluß, daß der Beneficialerbe nicht weiter als bis zum Bestande der Erbschaft haftet, L. 22. §. 11 cit. Ob der Beneficialerbe späterhin sich der Erbschaft durch deren gänzliche Ueberweisung an die Gläubiger noch entschlagen dürfe, ist streitig, — gewiß aber, daß die, wenn gleich öffentliche Erklärung, den Erbschaftsgläubigern nicht weiter verhaftet sein zu wollen, als die Erbschaft reicht, oder selbst die Einleitung eines Concursverfahrens keine Wirkung hervorbringen kann, wenn nicht ordnungsmäßig ein Inventar aufgenommen oder dessen Aufnahme bei den competenten Gerichten und resp. die wirkliche Abtretung des Nachlasses an die Gläubiger oder den Concurscurator erfolgt, also der Nachlaß nicht im Besitze des Beneficialerben geblieben war. L. 22 §. 2 C. eod. . . . .

3) Wer die Erbschaft cum benef. inv. angetreten hat, kann sich freilich hinterher dieser Rechtswohlthat begeben, und die Erbschaft unbedingt annehmen; da indessen dem Beneficialerben ein sehr ausgebreitetes Verwaltungsrecht zusteht, und er z. B. zur alleinigen Vertretung der Erbmasse und zu giltigen Dispositionen über Erbschaftsstücke befugt ist, so kann daraus, daß er solche Handlung ausübt, oder auszuüben fortgefahren hat, weder ein Verzicht noch ein Verlust der Rechtswohlthat abgeleitet werden. L. 22. §. 2 eod.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 16. Nov. 1849.

II.

Streitig ist, ob es eines Inventars bedürfe, wenn bekannt ist, aus welchen Gegenständen die Erbmasse besteht.

Einige meinen, in solchem Falle sei die Aufnahme des Inventars nicht nöthig, und sei es deshalb in vielen Fällen ganz überflüssig, die Immobilien in das Inventar mit aufzunehmen.

Struben, rechtl. Bedenken Bd. 4. Nr. 95. sub 2

Andere meinen, das Gesetz habe einmal vorgeschrieben, daß ein vollständiges Inventar aufzunehmen sei; positivrechtliche Bestimmungen dieser Art müßten von selbst Modificationen und Einschränkungen ausschließen, wodurch ihre sichere Anwendung untergraben werde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 426.

III.

Streitig ist, ob der Erbe dadurch, daß der Testator ihm die Inventur erläßt oder verbietet, an der Aufnahme eines Inventars verhindert werden könne, und ob zu solchem Verbote die Codicillarform erforderlich sei.

Einige meinen, wenn auch für Dritte, z. B. Erbschaftsgläubiger das Verbot des Erblassers unbestritten nicht bindend sei, desgleichen für den, welchem der Pflichttheil hinterlassen sei, so sei beim Erlaß des Inventars der Erbe doch nicht verhindert, durch freiwillige Errichtung des Inventars sich die Vortheile des Beneficialerben zu verschaffen. Dagegen bleibe dem Erben bei einem Verbot nichts übrig, als sich nach möglichster Kenntnißnahme von den Verhältnissen der Erbschaft unbedingt zur Annahme oder Repudiation zu entschließen,

Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 747.
Leyser, sp. 364. med. 1—3.
Schröder, de inventarii confectione §. 4—6.
Rumpff, diss. de jure deliber. §. 31.

insbesondere weil das beneficium deliberandi heut zu Tage fast ganz außer Gebrauch sei.

Holzschuher, l. c. S. 742.

Andere meinen, da der Erbe an ein Verbot stets gebunden sei, so bleibe ihm nur der vor Justinian's L. ult. C. de jure delib. gebräuchliche Weg übrig, d. h. eine Frist zur Ueberlegung sich auszubitten, um den Bestand der Masse kennen zu lernen,

Sintenis, Civilr. §. 185. S. 530.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 434 f.

und genüge übrigens zum Verbot eine ganz formlose Verfügung des Testators.

Rudorff, Recht der Vormundsch. Th. 2. S. 245.

Andere erfordern eine Erklärung in einer formell und materiell giltigen letzten Willensverfügung, entweder in der gewöhnlichen, oder in einer in concreto zulässigen privilegirten Form, z. B. in einem privilegirten Testamente der Eltern unter Kinder.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 180 f.

Andere meinen, daß die Errichtung des Inventars unterbleiben müsse, wenn dem Vormunde die Errichtung des Inventars nicht bloß untersagt, sondern auch bloß erlassen sei.

Glück, Pand. Bd. 30. S. 204. Not. 13.
Rudorff, Recht der Vormundschaft Th. 2. S. 245. Nr. 1.

Andere erinnern hiergegen, der Unterschied zwischen Erlaß und Verbot bestehe darin, daß der Vormund im letztern Falle das Inventar nicht errichten dürfe, während er im erstern Falle das Inventar zwar errichten dürfe, aber nicht zu errichten brauche.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 182.

Präjudiz 1.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Soviel nun aber die Hauptsache, nämlich die Frage anbetrifft, ob eine testamentarische Verordnung, wodurch ein Testator, unter dessen Erben minderjährige, unter Vormündern oder Curatoren stehende Personen sich befinden, die öffentliche Inventur seines Nachlasses verboten hat, für rechtsbeständig und wirksam zu achten sei, so kann

I. nach römischem Rechte deren Bejahung keinem Bedenken unterliegen, da in der

C. 13. §. 1 arbitr. tut. (5, 51)

dem Testator diese Befugniß in dem gedachten Falle ausdrücklich beigelegt wird. Gegen die fortdauernde Anwendbarkeit der gedachten Bestimmung kann auch nicht etwa ein Zweifel daraus entstehen, daß im Jahre 530, wo die C. 13 cit. ursprünglich erlassen wurde, die Inventur des Nachlasses dem Minderjährigen nur den Nutzen gewährte, ihn gegen eine schlechte Verwaltung des Vormundes zu sichern, hingegen der weitere Vortheil einer Sicherung gegen die Erbschaftsgläubiger erst durch die im Jahre 531 erschienene

C. 22 de jure deliber. (6, 30)

damit verbunden, und also die Entziehung dieses letzteren Vortheils bei der Gestattung des Verbotes der Inventur in der C. 13 cit. noch nicht berücksichtigt worden ist. Denn da im Jahre 534 in dem jetzigen Codex die C. 13 mit der fraglichen Bestimmung von Neuem als geltendes Gesetz promulgirt worden ist,

Constit. cordi nobis est §. 3 —

so besteht nun die letztere neben der C. 22 cit. und in der Maße, daß der Testator durch das Verbot der Inventur dem Minderjährigen auch den Vortheil des beneficium inventarii entziehen kann; die besondere Verfügung im §. 15 der C. 22 de jur. deliber. aber hat auf die C. 13 cit. gar keinen Bezug, sondern geht nur auf die früheren über das Verhältniß des Erben zu den Erbschaftsgläubigern erlassenen Constitutionen. Ebensowenig läßt sich eine Unwirksamkeit des fraglichen Verbotes aus der in dem fr. 5. §. 7 de admin. tut. (26, 7) ausgesprochenen Regel herleiten, daß der Testator das jus publicum nicht abändern dürfe, da die C. 13 cit. eine ausdrückliche Ausnahme von dieser Regel enthält, oder aus den Bestimmungen des fr. 5. §. 9 tit. cit., aus welchen nur folgt, daß von einem solchen Verbote aus speciellen erheblichen Gründen abgewichen werden kann, wovon unten die Rede sein wird.

II. Durch die Reichsgesetze hat das römische Recht in diesem Punkte keine Abänderung erlitten; denn wenn gleich in der

R.-Poliz.-Ordn. von 1577. Tit. 32. §. 3.

wo die schon im römischen Rechte ebenso enthaltene Vorschrift, daß der Vormund über das Vermögen des Minderjährigen vor der Uebernahme der Verwaltung ein Inventarium errichten soll,

Fr. 7 pr., Const. 24 de admin. tutor.

C. 13. §. 1 arbitr. tut.

erneuert worden, die in der C. 13 cit. hievon gemachte Ausnahme nicht wiederholt ist, so ist doch dadurch die letztere nicht aufgehoben,

Glück, Erläut. d. Pand. Th. 30. S. 205.

nach der bekannten Interpretationsregel, daß eine generelle Vorschrift des späteren Rechts nur auf die Regel des früheren Rechts wirkt, und deren Ausnahme, wenn sie solcher nicht speciell gedenkt, unverändert läßt, welches um so mehr dann stattfindet, wenn das neuere Recht die Regel des älteren nicht sowohl modificirt, als nur wiederholt.

Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 7.

Uebrigens folgt aus dem bisher Ausgeführten nur, daß ein derartiges testamentarisches Verbot in der Regel wirksam ist, und es hat kein Bedenken, daß, wenn in einem einzelnen Falle specielle erhebliche Gründe vorliegen sollten, weshalb das Verbot dem Pflegbefohlenen zum Nachtheil gereichte, die Vormünder berechtigt und verpflichtet sein würden, bei der obervormundschaftlichen Behörde auf Dispensation von demselben anzutragen, und diesem Antrage stattgegeben werden könnte.

Glück, Erläut. der Pand. Th. 30. S. 206 und die in Not. 21 citirten Schriftsteller.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Sept. 1839, in der Frankfurter Rechtssache Georg Adolph Heinrich H..... und Genossen als Testamentserben des Michael Friedrich H.... und seiner verstorbenen Ehefrau, den Nachlaß der genannten Ehegatten betr.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 225.

Präjudiz 2.

Den bestehenden Rechten nach gehören nicht nur die allgemeine Wirksamkeit der Obervormundschaft und deren besondere Concurrenz bei der Veräußerung von Pupillengütern, sondern auch die Errichtung eines öffentlichen Inventars, jährliche Rechnungsablage und Sicherheitsleistung von Seite der Vormünder dem jus publicum an, können mithin durch keine Privatdisposition, vielmehr nur im Wege landesherrlicher Dispensation ausgeschlossen werden.

Erk. des OAG. zu Celle v. 18. Juni 1847.

In Strippelmann's neuer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG. zu Cassel Th. IV. A. 1. S. 36 f. sind mehrere Erkenntnisse aus der neueren Zeit mitgetheilt, in welchen angenommen worden, daß durch die Untersagung der Errichtung eines Inventars von Seiten des Erblassers die Verpflichtung des Vormunds nicht aufgehoben werde, das Vermögen des Pfleglings zu verzeichnen, und die Richtigkeit des Verzeichnisses auf den geleisteten Vormundschaftseid zu versichern. Es sollte jedoch die angefertigte Privatverzeichnung bei dem vormundschaftlichen Gerichte verschlossen hinterlegt werden, und das Gericht ohne das Vorhandensein besonderer Gründe von dem Inhalte derselben keine Kenntniß nehmen dürfen.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 192.

Präjudiz 3.

Dem Vater oder Erblasser ist es gestattet, die Inventur, auch dann wenn minderjährige Kinder nachgelassen werden, zu verbieten.

Erk. des LG. Wolfenbüttel v. 10. Mai 1827, i. S. Meyer'sche Beschwerde.

IV.

Streitig ist, ob der Beneficialerbe, wenn er sich von der Ueberschuldung des Nachlasses überzeugt, die Erbschaft wieder ausschlagen könne.

Einige meinen, der Beneficialerbe habe bis zur Vollendung des Inventars die Befugniß, die Erbschaft wieder aufzugeben,

Frantzkius, resolut. lib. 3 resol. 6.
Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze Nr. 6. S. 235.

wenigstens innerhalb der Inventarisationsfrist.

Maerzoll im civil. Archiv Bd. 8, S. 268 f.

Andere meinen, der Beneficialerbe sei einmal Erbe

geworden, und könne nun auch die Erbschaft nicht mehr ausschlagen; denn semel heres semper heres.

Lauterbach, Coll. th. pr. P. 28. 8. §. 14.
Höpfner, Institut. §. 549 und die das. Not. 6 Alleg.
Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 420.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 22. S. 173 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 363.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 915.

Präjudiz 1.

Die Antretung einer Erbschaft cum ben. inv. verpflichtet die Erben, den vorhandenen Nachlaß nach Maßgabe des Inventars unter die Gläubiger zu vertheilen, und die Gläubiger haben deshalb auch ein Recht, Nachweisung über Verwaltung und Verwendung des Nachlasses dann zu fordern, wenn ihrer Befriedigung Schwierigkeiten in den Weg gelegt werden. An jener Verpflichtung kann auch die Entsagung der Erbschaft nichts ändern; denn ein Erbe, welcher einmal die Erbschaft angetreten, und dadurch quasi contrahirt hat, kann der für ihn daraus herfließenden Verbindlichkeit einseitig sich nicht wieder entziehen. Das römische Recht gestattet solche Willkür nach dem Grundsatze semel heres semper heres nicht. L. 1. §. 7 in f. ff. 38, 9 L. 3 u. L. 4 C. 6, 31, und wenn einige Rechtslehrer von diesen Grundsätzen hinsichtlich der Beneficialerben abweichende Ansichten haben, so stehen dieselben mit den Gesetzen im geradesten Widerspruch, L. 22 C. de jure delib. 6, 30. Thibaut, System §. 876. — Auch der Umstand, daß der Erbe der Administration der Erbschaft sich nicht unterzogen oder sie einem Miterben überließ, oder sie einem gemeinschaftlichen Mandatar übertrug, alles dies kann den Gläubigern gegenüber die Verbindlichkeit des Erben nicht alteriren. Die Verbindlichkeit des Erben erstreckt sich pro indiviso über die ganze hereditas, mit der Wirkung, daß von jedem Einzelnen, um sich von der pro parte hereditaria auf ihm lastenden Verpflichtung zu befreien, die Erschöpfung der ganzen Erbschaftsmasse zu dociren ist.

Erlaß des LG. zu Wolfenbüttel v. 6. Oct. 1832, i. S. Sander und Ernst.

Siehe auch das zu Contr. 35 beigefügte Präj. i der Justiz-Canzlei Celle.

Präjudiz 2.

Ein Herr v. Bülow hatte hinsichtlich der Antretung seiner väterlichen Erbschaft dem Gerichte die Erklärung abgegeben: da er entschlossen sei, die Erbschaft seines Vaters nur mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten, so bitte er, die Nachlaßgläubiger zu citiren, ein Inventarium aufzurichten, und wolle er sich demnächst erklären, ob er die Erbschaft hinterher ausschlagen wolle. Nach aufgerichtetem Inventar und durch die Edictalladung offengelegtem Passivbestande, erklärte der Antragsteller, die Erbschaft hinterher ausschlagen zu wollen.

Als derselbe jedoch späterhin Ansprüche auf das von seinem Vater gemeinschaftlich mit verschiedenen Agnaten besessene Lehensvermögen machte, und die letzteren sich diesen Ansprüchen widersetzten, weil Niemand in den Lehensnachlaß seines Ascendenten succediren könne, dessen Allodialnachlaß er ausgeschlagen habe*), so kam die Frage zur Contestation, ob die erste Erklärung eine Antretung der Erbschaft sub benef. inv. enthalte, und ob, im Bejahungsfalle, ein späterer Rücktritt zuläßig gewesen sei.

Das Gericht erster Instanz bejahte die erste Frage (wie ja auch nur in dieser Auffassung die bestimmt ausgesprochene Absicht des Erben, vom beneficio inventarii Gebrauch machen zu wollen, ausführbar war); verneinte dagegen die zweite Frage, weil die spätere Repudiation der Erbschaft die Rechtsverhältnisse, welche durch die einmal erfolgte Antretung der Erbschaft begründet worden, nicht wieder beseitigen könne.

Das OAG. zu Celle billigte die angeführten Gründe mittelst confirm. Erk. v. 15. Nov. 1852.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 154.

*) ll. F. 45. Declaratorische Verordnung (für Hannover) v. 24. Mai 1822 sub IX.

V.

Streitig ist, ob, während der Erbe mit Anfertigung des Inventars beschäftigt ist, diejenigen, welche Eigenthumsrechte an den in der Erbmasse befindlichen Sachen geltend machen wollen, hierzu befugt sind.

Einige meinen, zwar bestimme die L. 22. §. 11 C. de jure delib. 6, 30, daß der Erbe, während er mit Anfertigung des Inventars beschäftigt ist, weder von Gläubigern noch Legataren belästigt werden solle; auch hypothekarische Klagen fänden innerhalb dieser Zeit nicht statt. Allein da das Gesetz nur Gläubiger und Legatare nenne, so beruhe die Meinung auf gutem Grunde, daß Vindicanten, also diejenigen, welche, ohne Vermächtnißnehmer zu sein, Eigenthumsrechte an den in der Erbmasse befindlichen Sachen geltend machen wollten, während der Inventaraufnahme daran nicht gehindert würden, da diese nicht creditores genannt werden dürften.

Voet, Comm. ad P. 28. 8. §. 17.
v Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 412. Not. 5
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 366.
Holzschuher, Th 2. A. 1. S. 744.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 913.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
Seuffert, Pand. §. 572. Not. 10.

Andere meinen, daß die Interessenten den Erben während der Errichtung des Inventars nicht belästigen dürfen,

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.

während Andere,

Thibaut, System §. 876.

den Satz aufstellen, daß der Erbe während der Errichtung des Inventars durch keine Forderung belästigt werden solle, und Andere,

Westphal, von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 330.

noch allgemeiner die Behauptung aufstellen: während der Erbe mit Errichtung der Inventur beschäftigt ist, kann sich Niemand, welcher der Erbschaft wegen eine Anforderung macht, melden und Befriedigung verlangen; Alle müssen warten, bis die Inventur vollendet ist — s. g. exceptio inventarii conficiendi,

Lauterbach, Coll. th. p. Pr. 28 8. §. 14 und die Not. 5 das. Alleg.

und seien — nach der Praxis des Reichskammergerichts — sogar Sicherheitsmaßregeln, z. B. Versiegelungen, unzuläßig.

Albrecht, merkwürd. Entscheid. Th. 3. Nr. 123. S. 253 f.

Siehe das Präj. sub Contr. 35 i. S. Rosenbach'sche Gläubiger und v. Hanstein v. 25. Jan. 1800.

VI.

Streitig ist, ob bei Aufnahme des Inventars geringe Fehler in Betracht kommen.

Einige meinen, geringe Fehler kämen bei Aufnahme des Inventars, wenn keine Vermuthung des Betrugs vorliege, nicht in Betracht.

Voet ad P. 28 8. §. 28.
Struben, rechtl. Bedenken Bd. 4. Nr. 93. sub 3

Andere meinen, wenn auch entschuldbare Unwissenheit zu berücksichtigen sei, und wenn auch Localrechte und Gewohnheiten manche Bestimmungen des römischen Rechts nicht mehr zur Anwendung kommen ließen, so sei doch die Aufstellung des von den Gegnern angenommenen Satzes bedenklich.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 426.

Siehe das Präj. 1 zu Contr. 14.

VII.

Streitig ist, ob das Inventar durch eine eidliche Specification ersetzt werde.

Einige meinen, die vom Erben angefertigte Privatspecification, wenn sie eidlich bestärkt werde, habe die Wirkung eines förmlichen Inventars, und gewähre alle Rechte eines Beneficialerben.

Wernher, obs. P. II. obs. 440.
Leyser, sp. 365.

Andere meinen, daß in Deutschland, wo der Satz des sächsischen Rechts, daß die eidliche Specification die Wirkung eines förmlichen Inventars habe, nicht anerkannt sei, die Vermuthung für die Geltung des gemeinen Rechts bestehe, so daß also, wenn nicht durch Gesetze oder Gewohnheiten das Gegentheil anerkannt sei, nur ein förmliches Inventar jene Wirkung haben könne.

Weber, Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1472.
Hartitzsch, Erbrecht §. 209. Not. e.

Andere lassen dabei die Beschränkung zu, daß sie nur gegen Miterben und Legatare die Stelle des Inventars ersetze, nicht aber gegen Gläubiger.

Pufendorf, obs. T. II. obs. 101. §. 2.
Struben, rechtl. Bed. Bd. 3. Nr. 86.

Andere wollen die eidliche Specification auch gemeinrechtlich dann vollständig zulassen wenn der Erbe ohne seine Schuld an der Errichtung eines förmlichen Inventars verhindert sei.

Mevii dec. P. 6. d. 180.
Struben, rechtl. Bed. Bd. 3. Nr. 86.
Thibaut, System §. 877.

Andere geben der eidlichen Privatspecification des Erben nicht nur die Wirkung, daß sie Beweiskraft habe, sondern sogar, daß sie den Gegenbeweis ausschließe.

Leyser, sp. 365.

Vergl. überhaupt

Heimbach, Lehrbuch des particul. Priv.-Rechts §. 306.

Siehe das Präj. 1 zu Contr. 14.

VIII.

Der Beneficialerbe ist in Ansehung der Zahlung an Gläubiger nicht an Prioritätsrechte gebunden*). Reicht das Erbschaftsvermögen nicht zu, so können bevorzugte Pfandgläubiger gegen schlechtere mit der actio hypothecaria oder condictio ex lege das herausfordern, was diese empfangen haben.

A. Streitig ist aber, ob den Chirographariern gegen befriedigte Legatare ein Klagerecht zusteht.

Einige meinen, die Erbschaftsgläubiger hätten kein Klagerecht gegen befriedigte Legatare; denn die L. 7 C. 4, 16 bestimme ausdrücklich: creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit.

Elvers in der allgemeinen Jurist. Zeit. v. J. 1830. Nr. 52.

Andere meinen, alle Gläubiger hätten ein Revocationsrecht gegen Legatare; denn der Legatar empfange ein indebitum, so lange noch Erbschaftsgläubiger unbefriedigt geblieben. L. 22. §. 5 C. de jure delib.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 368 u. 370.
Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7 c. 3. §. 23.
Zimmern, Grundriß des Erbr. Anhang S. 71. Nr. 3.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 914.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 18.

Präjudiz 1.

Bei der nach römischem Recht dem Beneficialerben erlaubten Austheilung der Masse wird nicht ein gleichzeitiges Andrängen der Gläubiger, sondern nur eine nach und nach kommende Anforderung vorausgesetzt. Wenn also die in Folge der Edictalladung liquidirten Forderungen die zu übersehende Erbschaftsmasse übersteigen, so kann dem Beneficialerben eine willkürliche Befriedigung einzelner Gläubiger nicht weiter gestattet werden.

Decr. des LG. Wolfenbüttel auf die Retrajudizialappellation den Kniestett'schen Nachlaß betr., v. 10. Oct. 1839.

Präjudiz 2.

So lange gegen den Beneficialerben und über dessen Vermögen ein Concurs nicht obwaltet, ist derselbe unverbunden, den ererbten Nachlaß den Erbschaftsgläubigern in einem darüber separat zu eröffnenden förmlichen Concursverfahren zu überlassen, als welchen daran in dem Maße, wie bei der Güterabtretung oder bei einem gerichtlich eröffneten Concurse ein Recht auf Theilnahme an der Verwaltung und Distribution der Masse auch bei deren Insufficienz noch nicht erwächst, vielmehr bleibt der Beneficialerbe als zum Concurse noch nicht herabgedrückter Eigenthümer befugt, das zur Berichtigung der Schulden Erforderliche persönlich oder durch Mandatarien zu besorgen. Es muß daher, wenn in Rücksicht der bei einer Erbschaft eintretenden besondern Verhältnisse und Verwickelungen verfügt ist, daß die Leitung der Sache durch das Gericht unter Zuordnung von Curatoren — als welche des Beneficialerben Person und Geschäfte eigentlich vertreten, — geschehen solle, demselben mindestens die Wahl und Vorschlagung solcher Curatoren überlassen bleiben, und dem Gerichte kann nur die Zurückweisung dazu nicht geeigneter Subjecte zugestanden werden.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel i. S. Kniestedt und Bierbaum, v. 20. Juni 1837.

IX.

B. Ferner streitet man, ob unbefriedigt gebliebenen privilegirten Personalgläubigern gegen einfache, welche bereits Zahlung erlangt haben, ein Klagrecht zustehe.

Einige meinen, hierbei trete der Grundsatz ein, vigilantibus jura sunt scripta. Chirographarische Gläubiger also, welche vor Eröffnung des Concurses Zahlungen erhalten, könnten das Empfangene behalten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 370.
Glück, Pand. Bd. 13. S. 240.
Zimmern, Grundriß Anh. S. 71.
Holzschuher, Th. 2. A 1. S. 745.

*) Daß nach erschöpfter Masse der Erbe von den nicht befriedigten Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden könne, spricht ein Erlaß des Land.-Ger. zu Wolfenbüttel i. S. Hoyer und Schulze v. 5. Juli 1826 und des OAG. v. 6. Juli 1857 aus.

Andere meinen, die privilegirten Personalgläubiger könnten ihr Recht mit der condictio ex lege gegen die nicht bevorzugten geltend machen.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 914.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 414.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 18.

X.

C. Ferner streitet man, ob die chirographarischen Gläubiger, selbst die bevorzugten, ausgeschlossen werden, wenn der Erbe, zugleich als Gläubiger, sich selbst bezahlt macht*).

Einige meinen, die Worte der L. 22. §. 9 C. de jure delib.: Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda — könnten zweierlei bedeuten: Entweder, es soll seine Forderung befriedigt werden, so bald er sich meldet, so daß er, wenn er als primus creditor d. h. früher als ein anderer Creditor sich meldet, alle Mitmeldenden zurückweisen dürfe, sobald die Erbmasse durch Bezahlung seiner Forderungen erschöpft sei; oder die Worte bedeuten: er solle dabei als hypothekarischer Gläubiger auf die Priorität seiner Forderung (nicht seiner Meldung) in Rücksicht auf die Forderungen der übrigen Gläubiger achten. Diese zweite Erklärung sei die richtige, und danach könne der Beneficialerbe zwar sich gleich Anfangs wegen seiner Forderungen gegen den Erblasser aus der Masse befriedigen; wenn aber Forderungen Anderer da seien, die, in Concurrenz mit der seinigen, dieser vorgingen, so könne er zwar nicht als heres von diesen Anderen, wohl aber als posterior creditor auf Herausgabe des an sich Gezahlten mit der hypothecaria actio oder condictio ex lege belangt werden. Allein einen Vortheil könne er dennoch aus dieser schnellern Bezahlung haben, nämlich folgenden: wenn bei einer Locirung, welche die Regeln des Concurses mit sich bringen, seine Forderung in eine Klasse kommen würde, in welcher nicht alle Gläubiger vollständige Befriedigung erhalten können, so habe kein ihm gleichstehender Gläubiger jetzt das Recht, von ihm das Ganze oder auch nur soviel abzufordern, daß nun alle gleichviel Prozente von ihrer Forderung einbüßten.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 416.
Zimmern, Grundriß S. 71.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.

Andere meinen, auch ohne concursmäßige Locirung werde man dem Erben, welcher vor Andern eine eigene Forderung sich selber validirt habe, um einer später sich herausstellenden Unzulänglichkeit des Vermögens willen, nichts anhaben können, und die Zahlung dessen, was er selbst zu fordern hatte, ebensogut als die an irgend einen andern Gläubiger gemachte Zahlung, gelten lassen müssen. Die Beschränkung der Gegner könne man nur dann gelten lassen, wenn die Unzulänglichkeit des Vermögens schon damals, als er zahlte, vorhanden war, oder wenn er mala fide verfuhr.

Mevii decis. P. II. Neo. 358. not. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 745.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 371.

Vergl. übrigens
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 18 u. Not. 15.

Präjudiz 1.

Ueber diese Frage i. S. Mönckendorff und Haupt erkannte das Kr.-Ger. Gandersheim unterm 7. Mai 1834.

Bei dem Zugeständnisse der Klägerin, daß für die zur Zeit des Todes des Vaters der Beklagten noch minderjährige Beklagtin, deren Mutter und Vormünderin die Erbschaft ihres Vaters cum beneficio inventarii angetreten habe, ist es von der Klägerin zugleich als gesetzliche Wirkung einer solchen bedingten Erbschaftsantretung anerkannt, daß Beklagte über den Betrag der Erbschaft hinaus die Schulden derselben zu bezahlen nicht verpflichtet ist. Daß bei dem gerichtlichen Verfahren hinsichtlich der Aufforderung der Gläubiger mittelst Edictalcitation Mängel, welche die nicht gehörige Bekanntwerdung des Aufrufs der Gläubiger veranlaßt haben, vorgefallen sind, ist ohne Wirkung, da es einer Edictalladung nicht nothwendig bedurft hätte, sondern auch ohne eine solche beim Vorhandensein des Inventars der Beneficialerbe von dem vorhandenen Nachlasse die Schulden, soweit das Inventarium dazu ausreicht, auch ohne Rücksicht auf den Vorzug der einen oder anderen Forderung auszahlen kann; die nicht befriedigten Gläubiger aber, wenn sie nach Erschöpfung der Erbmasse nicht mehr zur Zahlung gelangen, nur Ansprüche gegen minder oder gleichmäßig bevorzugte, schon befriedigte Gläubiger haben. Nur versteht es sich dabei von selbst, daß die ganze Erbschaft zur Bezahlung von Schulden verwandt sein muß; denn da der Beneficialerbe das davon nach Bezahlung der Schulden noch Uebrigbleibende für sich erhält, und für diesen Ueberrest unbedingter Erbe wird, so ist er auch gehalten, davon die etwa noch sich anfindenden Gläubiger zufrieden zu stellen. Klägerin hat nun geleugnet, daß die Erbschaftsmasse des Vaters der Beklagten von der Schuldenmasse überstiegen sei, weshalb die Beklagte, welche aus diesem Umstande den Grund ihrer Einrede hernimmt, den Beweis darüber führen muß.

Auf erfolgte Nichtigkeitsbeschwerde erkannte das LG. zu Wolfenbüttel unterm 5. Jan. 1835:

. . und da der Erbe, wenn er die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, den Gläubigern insoweit verhaftet bleibt, als die Erbschaft ausreicht, und wenn der Erbe noch einen Theil der Erbmasse besitzt, selbst eine Präclusion von der letzteren den Gläubigern nicht entgegengestellt werden kann, der Umstand aber, daß bereits die ganze Erbmasse zur Befriedigung der Gläubiger verwendet sei, als eine eigentliche Einrede gegen die Klage, von dem Erben, welcher darauf sich beruft, bewiesen werden muß — so wird abgeschlagen.

Siehe auch das Erk. i. S. Rosenbach'sche Gläubiger c. v. Hanstein v. 25. Jan. 1800 unter Contr. 35.

XI.

In Ansehung der Zeit ist Bedingung zum benef. invent., daß es binnen Monatsfrist begonnen, und innerhalb anderweiter 60 Tage vollendet sein müsse. Wenn aber der Erbe nicht da gegenwärtig ist, wo sich die meisten Erbschaftssachen befinden, so ist ihm im Gan-

*) Nach einer in judicando zu befolgenden Entscheidung des OAG. Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzgebung, ist ausgesprochen:

Das auf Antrag eines Beneficialerben nach vorgängiger Edictalladung erlassene Präclusivdecret kann, nach gemeinrechtlichen Principien, dem mit seiner Forderung ausgeschlossenen Erbschaftsgläubiger, so weit der Nachlaß reicht, mit rechtlicher Wirkung nicht entgegengestellt werden.

Präj. bekannt gemacht den 26 Jan. 1841.

zen ein Jahr, angerechnet vom Tode des Erblassers, zugestanden.

Hierbei ist streitig:

A. Ob bei solchen Forderungen, welche in einem andern Lande einzuziehen sind, dem Erben ebenfalls ein Jahr zur Anfertigung des Inventars zustehe.

Einige meinen, da zur Errichtung eines vollständigen Inventars ebensogut auch die obligationes et actiones gehörten, so sei zwar, mit Unrecht aus grammatischen Gründen, mit Recht aber aus logischen Gründen, durch Usualinterpretation angenommen, daß bei ausstehenden Forderungen, die man in andern Ländern einziehen müsse, mögen sie dort bereits anhängig gemacht sein oder nicht, dem Erben ebenfalls ein Jahr zur Anfertigung des Inventars zustehe. L. ult. §. 3 C. de jure delib. 6, 30.

Albrecht, Entscheid. merkwürd. Rechtsfälle Bd. 3. Nr. 123. §. 4 u. 5.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 394. Not. 3.

Andere meinen, eine Aufnahme und Taxation körperlicher Rechtsobjecte könne allerdings zweckmäßig nur da geschehen, wo die Sachen sich befänden; allein das Verzeichniß der Forderungen werde aus den erbschaftlichen Papieren, — Rechnungsbüchern, den vorhandenen Obligationen, Designationen u. s. w. — angefertigt. Ohnehin seien Forderungsrechte da zu Hause, wo der Erblasser sein Domicil habe. Die Frage sei deshalb zu verneinen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 357. Not. 67.

XII.

B. Ferner streitet man, ob die einjährige Frist, welche a morte testatoris zu zählen ist, ein tempus utile oder continuum sei.

Einige meinen, wenn der berufene Erbe nicht da anwesend sei, wo alle oder die meisten Erbschaftssachen liegen, so schreibe das Gesetz ausdrücklich ihm ein Jahr, angerechnet vom Todestage des Erblassers, zur Vollendung des Inventars vor, und sei es deshalb mit den Worten des Gesetzes unverträglich, etwas anderes als ein tempus continuum anzunehmen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 358.
Weber, Erläut. der Pand. §. 1468. Bd. 2. S. 250.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 406. Not. 3.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 910.

Andere meinen, das tempus müsse ein utile sein, und bei den Worten: a morte testatoris müsse hinzugedacht werden: wenn der Erbe den Tod des Erblassers und den Anfall der Erbschaft erfahren habe. Es werde dies auch wahrscheinlich dadurch, daß der Kaiser in §. 11 der L. ult. C. de jure delib. 6, 30 beide Zeitfristen, die regelmäßige von 3 Monaten und die außerordentliche von einem Jahre, zusammenstelle, ohne des wichtigen Unterschiedes zu gedenken, daß die erste ein tempus utile, die zweite ein continuum sein solle.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1468. Nro. 5.
Höpfner, Instit. §. 549. Nr. 2.
Konopak, Instit. §. 423. Not. m.

Andere meinen, in der Praxis habe man sich häufig dahin entschieden, den berufenen Erben noch nach Ablauf der Inventarisationsfrist zum Antritt cum benef. invent. zuzulassen. Ueberhaupt habe sich in Folge der Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland particularrechtlich wohl überall eine neue Art der Behandlung von Rechtsangelegenheiten dieser Art gebildet, neben welcher die der Justinianischen Constitution entweder völlig antiquirt oder doch so in den Hintergrund gedrängt sei, daß von einer praktischen Anwendbarkeit derselben nur ausnahmsweise die Rede sein könne. Die Gerichte nämlich pflegten die Regulirung zweifelhafter Erbschaften von Amtswegen zu betreiben und einen erbschaftlichen Liquidationsproceß einzuleiten. Veranlassung dazu werde meist durch das Andringen der Gläubiger oder auch der Legatare gegeben.

Sintenis, Civilrecht § 185. Not. 15.
Voet ad P. 28. 8. §. 12.
Wernher, lect. comment. in P. 28, 8. T. II. p. 680.

Andere meinen, die Praxis neige sich dahin, dem Erben, wenn er nach Ablauf der Inventarisationsfrist gedrängt werde, und sich vorher nicht eingemischt habe, auf sein Verlangen die Rechte eines Beneficialerben noch zuzugestehen.

v. Berg, jur. Beob. u. Rechtsf. Bd. 2. S. 115 u. 116.

XIII.

C. Auch streitet man, ob auf den Anfang des Inventars innerhalb 30 Tagen streng zu sehen sei.

Einige Praktiker meinen, es sei auf den Anfang des Inventars innerhalb 30 Tagen nicht zu sehen, wenn nur die Vollendung binnen 3 Monaten vom Tage der Wissenschaft an erfolge.

Ludovici, doctr. Pand. lib. 28. tit. 8. §. 2.
Fratr. Beckmannorum consil. et dec. T. II. p. 490.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1468.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1456.
Rumpff, dissert. de jure delib. §. 16. p. 25.
Nettelbladt, prakt. Rechtsgelahrth. §. 1380.

Andere meinen, es sei zwar nach Ablauf der Fristen noch die Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft möglich, auch könne sich der Erbe ein spatium deliberandi geben lassen, und wenn er daneben ein Inventar errichte, sich dadurch gewisse Vortheile verschaffen, allein Beneficialerbe im vollen Sinne des Wortes könne er nicht mehr werden.

Lauterbach, Coll. th. pr. P. 28. 8. §. 12.
Stryk, usus mod. 28. 8. §. 6.
Weber, Erläut. der Pand. Bd. 2. S. 251. Nr. 3.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 362.
Mevius, decis. P. 5. dec. 145.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 15.

Präjudiz 1.

Das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse einer Beneficialerbschaftsantretung ist von dem Beneficialerben zu beweisen. Da jedoch die im römischen Rechte vorgeschriebenen Formen der Inventarerrichtung nicht mehr unbedingte Anwendung finden, sondern heut zu Tage der Erbe die Befugniß hat, seine Erklärung, daß er die Rechtswohlthat des Inventars geltend machen wolle, vor dem competenten erbschaftlichen Gerichte abzugeben und zu beantragen, daß durch dieses das Inventar aufgenommen werde, so kann, falls besagte Erklärung und

Anträge innerhalb 30 Tagen erfolgen, dem Erben nicht nachtheilig werden, wenn das angegangene Gericht in Errichtung des Inventars säumig gewesen oder nicht ordnungsmäßig verfahren ist.

Erk. des OAG. Wolfenbüttel v. 16. Nov. 1849.

Vergl. auch das bei Contr. 14 allegirte Erkenntniß vom 23. April 1801.

XIV.

Streitig ist, ob zur Anfertigung des Inventars zwei Notare erforderlich seien, oder ob einer genüge.

Einige meinen, zwei Notarien müßten zugezogen werden, da die gesetzlichen Vorschriften in L. 22. §. 2 C. de benef. delib. in den Worten: modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum, und in Nov. 1. c. 2 in den Worten: tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus, stets von einer Mehrheit der Notare redeten. Vergl. auch L. 12 D. de test. 22. 5.

H. Donellus in comment. jur. civ. lib. 7. c. 3. §. 16.
Hotomannus ad Inst. 2 19. § 7.
Bucher, System der Pand. §. 434.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 402. Not. 4.
Heimbach im Rechtslexikon S. 910.

Andere meinen, Justinian sage ganz allgemein: sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, und da späterhin von einem Falle die Rede sei, in welchem noch ein besonderer tabularius zugezogen werden solle, so lasse sich der Satz so übersetzen: in Gegenwart der erforderlichen Notarien und der sonst bei dem Act zuzuziehenden Personen; mithin dürfte ein Notarius für genügend zu achten sein.

Thibaut, System §. 875.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 359 f.
Sintenis, Civilrecht §. 185. S. 526.
und die von Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 402. Not. 4 Allegirten.

Vergl. übrigens
Sintenis, Civilrecht §. 185. Not. 15.

Präjudiz 1.

Das wesentlichste Erforderniß der Rechtswohlthat des Inventars beruht in dem unter öffentlicher Autorität verfertigten Verzeichnisse über die ganze Verlassenschaft. Wird die Inventur von dem ordentlichen Richter selbst vorgenommen, so bedarf es der Förmlichkeiten nicht, welche im römischen Rechte vorgeschrieben sind; soll hingegen dieselbe von einem Notar verrichtet werden, so würden eigentlich alle diejenigen Erfordernisse beobachtet werden müssen, welche das römische Recht zur Errichtung eines legalen Inventars bestimmt hat, da die römischen Gesetze im hiesigen Lande nicht aufgehoben sind. Indeß werden doch heut zu Tage nach kundbar eingeführtem Gerichtsgebrauche diese Vorschriften nicht so streng beobachtet.

Nettelbladt, syst. element. §. 1272.

Kleine Mängel und Versehen machen das Inventar nicht ungiltig, z. B. wenn es der Erbe nicht mit unterschrieben hat, wenn es in 30 Tagen nicht angefangen ist, wenn die Gläubiger und Legatarien dazu nicht vorgeladen sind, u. s. w.

Carpzov, T. 3. const. 33. def. 9.
Lauterbach, de inventar. hered. §. 15.
Steyk, us. mod. tit. de jure delib. §. 7.
Wernher, lect. comment. eod. tit. §. 6.

Die Zuziehung der Tabellionen, oder der in ihre Stelle eingetretenen Notare darf man aber nicht außer Acht lassen.

Gebrauchen die Erben weder einen Richter noch einen Notar, so ist die wesentlichste, von Justinian vorgeschriebene Förmlichkeit nicht befolgt; es fällt mithin die Wirkung der Rechtswohlthat des Inventars hinweg, und der Erbe kann auf die Vortheile eines Beneficialerben keinen Anspruch machen. Vergebens würde er sich auch in einem solchen Falle zur eidlichen Bestärkung eines aufgenommenen Privatgüterverzeichnisses erbieten, da die specificatio jurata bei uns die Stelle eines legalen Inventars nicht vertritt.

Pufendorf, T. 2. obs. 101.
Titius, jus priv. lib. 7. c. 12. §. 17.

Nach den Vorschriften des römischen Rechts ist indeß das von einem Notar, ohne Zeugen, errichtete Güterverzeichniß für kein legales zu achten. Die römischen Gesetze erfordern nicht bloß die Gegenwart eines, sondern mehrerer tabulariorum, und sie verordnen ganz bestimmt, daß in Abwesenheit der Gläubiger und der Legatarien bei der Inventur denselben allein nicht geglaubt, vielmehr wenigstens drei rechtschaffene und bemittelte Männer als Zeugen dabei zugezogen werden sollen. Nov. 1. c. 2. §. 1.

Das deutsche Recht stimmt damit völlig überein; denn nach der Notarialsordnung §. 3 u. 6 verdienen die Instrumente nur dann vollkommenen Glauben, wenn zu der Handlung zwei unverdächtige Zeugen, welche die Urkunde mit zu unterzeichnen und zu besiegeln pflegen, zugezogen sind. Ohne Zweifel ist daher das von einem Notar, ohne Zeugen, verfertigte Güterverzeichniß kein förmliches, nach Vorschrift der Gesetze eingerichtetes Inventar. Inzwischen hat doch dieser Mangel den Verlust der Rechtswohlthat selbst nicht zur Folge. Ein Erbe, ohne dessen Schuld kein förmliches Inventar errichtet ist, kann eben so gut auf die Vorrechte eines Beneficialerben Anspruch machen, als derjenige, welcher durch einen Zufall an der Verfertigung desselben überhaupt gehindert ist. Völlig glaubwürdig ist indeß ein solches unförmliches Inventar niemals; der Beneficialerbe ist daher verbunden, auf Verlangen der Gläubiger oder Legatarien durch den Manifestations- und Editionseid dasjenige zu ergänzen, was durch die unterbliebene Zuziehung zweier Zeugen der Glaubwürdigkeit desselben entzogen ist, und er darf sich, wie es bei einem gesetzmäßigen oder legalen Inventar geschehen kann, zur Gewissensvertretung auf ein solches mangelhaftes, keinen völligen Glauben habendes Güterverzeichniß nicht berufen.

Diese Grundsätze sind ausgesprochen in Sachen Wätge und Cons. c. Meyer pto. obligat. ex adit. hered. von dem Calenbergischen Senate des Tribunals am 23. April 1801.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 4. Nr. 77.

XV.

Streitig ist, ob die Ladung der Erbschaftsgläubiger zu der Errichtung des Inventars nothwendig sei.

Einige meinen, die Ladung der Erbschaftsgläubiger sei nöthig; die L. fin. §. 2 C. de jure delib. bestimme: sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, und diese ceteri sei Niemand weiter als gerade die Erbschaftsgläubiger, und zwar seien Unbekannte durch Edictalcitation vorzuladen.

Bachov ad Treutler. Vol. 2. disp. 12. th. 8. lit. c.
Richter, decis. 59. Nro. 7.
Faber, Cod. lib. 6. tit. 11. def. 11.
Perez in f. praelect. ad Cod. lib. 6. tit. 30. §. 6.

Andere meinen, in dem Gesetze sei kein Wort davon enthalten, daß die Creditoren zuzuziehen seien; das Interesse der Legatare und der Creditoren sei auch ein ganz verschiedenes, und die Praxis halte die Ladung der Creditoren nicht für erforderlich.

Mevius, P. 2. dec 336. Nro. 20.
Brunnemann ad Leg. fin. C. de jure delib. Nro. 15.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 50. not. 5.
Roland, de Commiss. P. 4. lib. 5. cap. 12. Nro. 6.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 4. Nr. 62.

Andere wollen die Ladung der Creditoren, insofern sie sich in derselben civitas aufhalten, für nöthig erachten.

Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 69.
Mackeldey, Lehrb. §. 689. Nr. 2.

Andere die in derselben Stadt vorhandenen Creditoren.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 360.

Siehe hiergegen

v. Buchholz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 404. Not. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 263.

XVI.

Streitig ist, ob und welche Legatarien zur Errichtung des Inventars beizuladen seien.

Einige meinen, die in der Stadt gegenwärtigen Vermächtnißnehmer seien beizuladen, und wenn dies der Erbe versäumt habe, so ständen den Legatarien alle Beweismittel gegen den Erben zu Gebote.

v. Buchholz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 405. Not. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 360.

Andere wollen die Legatarien, wenn sie in derselben civitas sich aufhalten, vorgeladen wissen.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.

Andere, die in demselben Gerichtsbezirke wohnhaften Legatare.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848.

Andere meinen, daß die Zuziehung von Vermächtnißnehmern unumgänglich nöthig sei, folgere man aus einer sehr zweideutigen Stelle (L. 22. §. 2 C. de jure delib., vergl. mit Nov. 1. c. 2. §. 1), während am richtigsten die in L. 22. §. 2 u. 3 C. de jure delib. genannten Personen darunter zu verstehen seien.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 911. Not. 9.

Es pflege deshalb heut zu Tage die Zuziehung der Vermächtnißnehmer zu unterbleiben.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 262.

XVII.

Streitig ist, ob der Inventarisirung eine Versiegelung der Effecten des Erblassers durch eine obrigkeitliche Person oder einen Notarius voraufgehen müsse.

Einige meinen, schon das römische Recht habe die voraufgehende Versiegelung vorgeschrieben, und sei solche auch unbedingt nöthig.

Leyser, med. ad P. sp. 364. m. 5.

Andere meinen, nur da dürfe man die Versiegelung für ein nothwendiges Erforderniß halten, wo sie hergebracht oder vorgeschrieben sei,

Müller ad Leyser. obs. 361.
Mevius, dec. P. 5. dec. 145.
Höpfner, Instit. §. 549. Not. 3.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.

und auch hier pflege man den Mangel derselben nicht für einen wesentlichen anzusehen, sondern statt derselben einen Manifestationseid des Erben für genügend zu halten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 363.

Andere meinen, eine Versiegelung brauche der Erbe überhaupt nicht zu erbitten.

Struben, rechtl. Bed. Th. 5. Nr. 7.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4. Nr. 62.

Vergl. hiergegen

Sintenis, Civilrecht §. 185. Not. 15.

Präjudiz 1.

Wo das Gesetz Obsignation vorschreibt, ist eine solche oder ein ihr rechtlich gleichzustellender Act nothwendig, damit die darauf folgende Inventur als ein in gesetzlicher Form errichtetes Vermögensverzeichniß*) gelten kann.

Was insbesondere den Fall anlangt, wo wegen Nichtanwesenheit der Erben am Ort der Verlassenschaft die Versiegelung vorgeschrieben ist**), so will das Gesetz, daß durch die einstweilige Maßregel der Versiegelung der unveränderte Stand der Verlassenschaft bis zur Ankunft der Interessenten und dem Eintritt der Möglichkeit ihrer Mitwirkung zum Vermögensverzeichnisse sicher gestellt werde.

Der Zweck jedes Vermögensverzeichnisses ist möglichst verlässige Feststellung des Vermögens; dazu aber gehört nicht nur die Gewißheit, daß Alles, was zur Zeit der Verzeichnung vorhanden war, wirklich verzeichnet werde, sondern eben so sehr auch Gewißheit darüber, daß von der Zeit der eröffneten Erbschaft bis zur Aufnahme das Vermögen keine Aenderung erlitt.

Dies vorausgesetzt, wurde in einem gegebenen Falle das bei den Inventuracten liegende Verzeichniß als stellvertretend für eine Versiegelung deswegen nicht erachtet, weil es in keiner Weise beurkundet, und weil nicht zu ersehen war, auf wessen Angabe und von wem das Verzeichniß gefertigt worden, und in welchen Wohnräumen und Behältern die verzeichneten Gegenstände sich befanden, so daß nicht in gleicher Weise, wie bei einer nach vorgängiger Versiegelung vorgenommenen Inventur, bemessen werden konnte, ob die Aufnahme eine vollständige sei. Demzufolge wurde gegen die Wittwe des Erblassers auf Leistung des Offenbarungseides erkannt.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 2. Oct. 1849.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 350.

*) Bezugnahme auf bad. P.-O. §. 648.
**) Bezugnahme auf bad. L.-R. S. 818.

XVIII.

Streitig ist, ob der inventarisirende Erbe, bevor die Masse zu seiner Disposition gelangt, oder eine förmliche Resignation erfolgt ist, privatim die Siegel abnehmen und zur Inventarisation schreiten dürfe.

Einige bejahen dies; denn es könnte ja auch ein Testirer sein im Gerichte deponirtes und mit dem Gerichtssiegel besiegeltes Testament zurücknehmen, und aus eigener Machtvollkommenheit das Siegel lösen.

Leyser, med. ad P. sp. 364. med. 5.

Andere verneinen die Frage, weil die Obsignation nur dazu dienen solle, die sonstigen Erbschaftsinteressenten gegen sein willkürliches Einschreiten sicher zu stellen.

Rumpff, diss. de jure delib. §. 21.
Höpfner, Institut. §. 549.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 364.

XIX.

Streitig ist, ob der Erbe sich über den Massebestand oder die Richtigkeit des Inventars erklären und das Inventar unterschreiben müsse.

Einige meinen, der Erbe müsse das Inventar unterschreiben (subscribeee) und dabei zugleich andeuten, wie hoch sich die Quantität der Sachen belaufe, und daß er weder bisher irgend etwas gegen diese Sachen boshafter Weise verübt habe, noch so lange sie in seiner Obhut sind, verüben wolle. Habe er indeß nicht schreiben gelernt, oder vermöge er es nur jetzt nicht, so müsse ein besondeeer tabulaeius zu diesem Zwecke zugezogen weeden, daß er für den berufenen Eeben das Inventar auf die genannte Weise unterschreibe, nachdem derselbe vorher mit eigener Hand ein Kreuz (venerabile signum) unterzeichnet habe. Auch müßten bei diesem Acte Zeugen zugezogen werden, welche den designirten Erben recognosciren und dabei seien, wenn derselbe befehle, daß der tabularius für ihn unterzeichnen solle. L. 22. §. 2 C. de juee delib. 6, 30.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 911.
v. Buchholz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 405.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
Wening-Ingenheim, Lehrb. § 507.
Thibaut, System §. 875.

Andere meinen, die Unterschrift des Erben und eine Erklärung desselben über den Massebestand oder die Richtigkeit des Inventars sei überflüssig.

Mevius, dec. P. II. dec. 356. Nro. 23.
Brunnemann ad L. ult. C. de jure delib. Nro. 18.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 364.

XX.

Streitig ist, ob Vermächtnißnehmer, wenn der Erbe kein Inventarium errichtet hat, über den Betrag der Erbschaft hinaus die Vermächtnisse vollständig verlangen können.

Einige meinen, wer die Erbschaft antritt, ohne innerhalb der gesetzlichen Fristen das Inventar anzufangen und zu vollenden, solle nicht nur die quarta Falcidia nicht abziehen dürfen, sondern sogar, auch wenn das erbschaftliche Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, die Vermächtnisse aus eigenen Mitteln vollständig bezahlen. Nov. 1. c. 2. §. 2: complebit legatarios, licet puram substantiam morientis transcendat legatoeum datio.

Pufendorf, obs. jur. univ. P. II. obs. 100.
Fritz im civ. Archiv Bd. 12. S. 230 f.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 22. Abs. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 416 f.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
Thibaut, System §. 877.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 914.

Andere meinen, nachdem Justinian in L. ult. §. 12 C. de juee delib. vorgeschrieben, der Erbe solle die Gläubiger vollständig befriedigen und keines der besonderen Rechte in Anspruch nehmen, welche das Gesetz an das Inventar knüpfe, habe er in Nov. 1. c. 2. §. 2 nur das in L. ult. cit. ausgedrückte Resultat wiederholen wollen, wonach dem Erben nur der Abzug der Falcidischen Quart entzogen werde; unter pura substantia sei hier nämlich die nach Abzug der Quart übrig bleibende Eebschaftsmasse zu verstehen, mithin werde eigentlich nur gesagt: der Erbe müsse die Legate zu voll bezahlen, wenn er auch aus der ihm gebührenden Quart etwas zusetze. Von dem Zusetzen aus eigenem Vermögen, außer dem Erbschaftsvermögen, sei keine Rede.

Huber, prael. ad P. 28. 8. § 8 in f.
Hertius, de effect. non confecti invent. sect. 1. § 2.
Hartmann, de herede legatariis et fideicommissariis neglecto licet inventario ultra vires hered. (1744).

Präjudiz 1.

Die Versäumung der Inventars-Errichtung hat an sich die Folge, daß der Erbe die ihm auferlegten Legate und Fideicommisse selbst übee den Belauf der Eebschaft hinaus entrichten muß.

Nov. 1. cap. 2. §. 2.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 100.
Finestres, prael. de adeund. hered. P. 2. c. 8. §. 19. 20.

Dies fällt jedoch weg, wenn der Testirer dem eingesetzten Erben die Errichtung eines Inventars erlassen hat.

Fachinaei controv. jur. l. 6. c. 25.
Leyser, med. ad Pand. spec. 364. med. 1. 2.
Finestres, l. c. §. 21.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30. Nov. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 79.

Präjudiz 2.

Die in Nov. 1. c. 2. §. 2 erwähnte malignitas ist, wie der übrige Inhalt des Gesetzes ergibt, keineswegs auf eine unerlaubte Zwecke verfolgende Handlungsweise zu beziehen, sondern es ist darunter eine jede Nichtbeobachtung des Gesetzes zu verstehen, dergestalt, daß selbst die aus Nachlässigkeit unteeblieben Errichtung eines Inventars den Erben von der Geltendmachung dee Lex Falcidia ausschließt (Mühlenbruch, Lehrb. §. 732), indem Justinian die Ausübung dieses Rechtes an die Bedingung eines zu errichtenden Inventars geknüpft hat. Pufendorf, Th. 2. Abh. 101. §. 3.

Zur Restitution wider die desfallsige Versäumniß genügen rusticitas und sexus femin. allein nicht, da sie nue soweit unter die allgemeine Clausel der prätoeischen Restitution fallen, als in derselben ein entschuldbaeer Irrthum begriffen ist, und den Landleuten und Frauenzimmeen zwar der Rechtsirrthum in einem weiteren Umfange verziehen wied als anderen Personen (Burchardi, Wiedereins. in den voe. Stand S. 184 u. 398), jedoch, wo es sich nicht um einen zu vermeidenden Verlust, sondern um einen zu machenden Gewinn handelt, der error juris stets und nach ausdrücklichee gesetzlicher Vorschrift namentlich auch Frauenzimmeen nachtheilig wird, L. 8 D. de juris et facti ignor. 22, 6, während die unterbliebene Geltendmachung der Lex Falcidia der Natur der Sache nach in den Quellen als ein entgangener Gewinn angesehen wird, und daher, wenn Rechtsirrthum ihr zum Grunde lag, keine Entschuldigung findet, L. 9. §. 5 C. vergl. mit L. 8 cit., dasselbe auch gelten muß, wenn das Versäumniß nicht sowohl in dem unterbliebenen Abzuge der Falcidischen Quart selbst liegt, sondeen sich auf die Bedingung dieses Abzugs — die Inventaes-Errichtung — bezieht, wogegen die L. 1. §. 5 D. de edendo 2, 13 theils nur eine proeessualische Versäumniß, theils offenbar einen positiven Verlust im Auge hat. Am wenigsten kann die durch die Praxis, insbesondere des Reichskammergerichts eingeführte Restitution wegen Versehen der Anwalte im proeessualischen Verfahren (dub. camer. 19. 5. 1786) dahin ausgedehnt werden, daß auf den Grund irriger Rathschläge, wenn gleich sie von recipirten Advocaten ertheilt wurden, Restitution zu bewilligen sei.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel, in S. Minderlein c. Hartkop.

XXI.

Streitig ist, ob dem nicht inventarisirenden Erben der Abzug der sogenannten Quarta Trebelliana untersagt sei.

Einige meinen, da in L. 22 C. de jure delib. bei Erwähnung des Abzugsrechts, welches der Eebe sich durch das Inventar erhalten könne, nur die Legatarien (in §. 4) genannt seien, so müsse man per argumentum

a contrario folgern, daß einem Fideicommissarerben gegenüber es des Inventars zur Erhaltung des Abzugsrechts nicht bedürfe. Auch komme dagegen nicht in Betracht, daß die Nov. 1. c. 2. §. 2 Legatarien und Fideicommissarien nennt, da hier von der Verpflichtung des Erben die Rede sei, die Vermächtnißnehmer aus seinem eigenen Vermögen zu befriedigen, dies Recht aber nur auf Singularvermächtnißnehmer bezogen werden dürfe.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. c. 28. p. 559.
Rompff, dissert. de jure delib. §. 29.

Andere meinen, mit der Praxis, das Gegentheil; bei Bestimmung der Nachtheile, welche den nicht inventarisirenden Erben treffen, werde das Recht auf den Abzug der Falcidia verwirkt; da nun das römische Recht unter diesem Ausdrucke auch die dem Fiduciarerben gebührende Quart begreife, und da die Nov. 1 ganz allgemein auch der Fideicommisse erwähne, so werde der Abzug der Quarta Trebell. durch Unterlassung der Inventur verwirkt.

Gail, obs. pract. lib. 2. obs. 138.
Huber, prael. jur. civ. T. I. lib. 2. tit. 19. §. 5.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 526.
Thibaut, System §. 877.
Sintenis, Civilrecht §. 185. Not. 22.

Präjudiz 1.

Wenn eine mit einem Universalfideicommiß beschwerte Verlassenschaft alsbald nach ihrer Eröffnung gerichtlich versiegelt und inventirt worden, so kann nicht davon die Rede sein, daß der Fiduciarerbe durch versäumte Errichtung eines Inventars seinen Anspruch auf die Trebellianische Quart verloren habe.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 7. Febr. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 209.

XXII.

Streitig ist, ob pflichttheilsberechtigte Notherben bei unterlassener Aufnahme des Inventars ihr Pflichttheilsrecht gegen die Vermächtnißnehmer geltend machen können.

Einige meinen dies; denn das Pflichttheilsrecht könne der Erbe nur geltend machen, wenn er nicht gehörig instituirt oder exheredirt ist. Die gesetzlichen Vorschriften über das Inventar und über die Folgen der Vernachlässigung desselben seien unabhängig vom Notherbenrechte. Der Erbe könne sich nicht beschweren, daß ihn Nachtheile treffen, welche er hätte vermeiden können, wenn er das erfüllte, dessen Erfüllung in seiner Macht war. Er könne sich auch nicht darauf berufen, daß der Pflichttheil nicht beschwert werden dürfe, denn es sei nicht von der Beschwerde des Pflichttheils, sondern von der Verbindlichkeit, die Schulden vollständig zu decken, die Rede.

Vinnius, sel. jur. quaest. lib. 2. c. 28. p. 563.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 419.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 22.

Andere meinen das Gegentheil, weil der Pflichttheil als eine Schuld des Erblassers betrachtet werde, die Vermächtnißnehmer aber den Gläubigern nachstehen müßten.

Hertius, diss. de effectib. non confect. invent. §. 5 in opuscul. Vol. II. T. III. p. 161 sq.

XXIII.

Streitig ist, inwiefern Soldaten, welche von dem benef. invent. keinen Gebrauch machen, den Erben und Legatarien verhaftet seien.

Einige meinen, da die Nov. 1. c. 4. §. 2 nur bestimme, daß der nicht inventarisirende Erbe die Vermächtnißnehmer vollständig befriedigen müsse, so gelte dies auch für Soldaten. Dagegen sei in Beziehung auf Erbschaftsgläubiger die Regel der L. 22. §. 15 C. de jure delib., nämlich, daß sie auch ohne Errichtung eines Inventars in der gesetzlichen Form den Erbschaftsgläubigern nicht mit ihrem eigenen Vermögen haften sollen, geblieben, weil die Nov. 1 diese Regel nicht aufhebe.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 913. Not. 26.
Fritz im civil. Archiv Bd. 12. S. 232. Not. 9.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 431. Not. 6.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 73.
Thibaut, System §. 877. Not. o.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 13.

Andere meinen, die Auslegung der betreffenden Gesetze sei: Militairpersonen haben nicht nöthig, diese Formen zu beobachten, da sie, wenn sie ein Inventarium aufgenommen haben, nicht mehr als die Erbschaft ausmacht, zu bezahlen brauchen; aber sie sind nicht von der Aufstellung eines Inventars, sondern bloß von den dabei vorgeschriebenen Formen befreit, wenn sie sicher antreten wollen.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848. S. 178 f.

Siehe gegen diese Auslegung und über einige Ansichten älterer Juristen

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 422 f.

Andere meinen, Soldaten seien den Uebrigen ganz gleichgestellt.

Lauterbach, disp. de invent. hered. §. 23. Nro. 19.

XXIV.

Streitig ist, ob der Fiscus rücksichtlich der bona vacantia, wenn er kein Inventar errichtet, privilegirt sei.

Einige meinen, daß der Fiscus zwar für die Schulden hafte, aber nur bis zum Belaufe der vacanten Activa, selbst wenn er kein Inventar errichtet habe. Hiernach succedire also der Fiscus in die Schulden gar nicht; er könne nur als Besitzer der Activa belangt werden, so viel von denselben herauszugeben, als die Befriedigung der Gläubiger erfordere.

Cocceji, disput. de bonis vacant. §. 47.
Hofacker, princ. jur. R. §. 1430.
Malblanc, princ. jur. R. §. 1378.
Weber, Erläut. der Pand. Th. 2. §. 1661.
die bei Glück, Intestaterbf. §. 209. Not. 92 Alleg.
Heise, Vorles. 1817. Bd. 5. §. 40.
Blume im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 216.

Andere meinen, der Fiscus trete nicht allein in die Schulden ein, sondern hafte auch schlechthin für dieselben, es sei denn, daß er ein Inventar errichtet hätte.

Wernher, lect. Comm. 38. 17. §. 24.
Madihn, princ. jur. R. T. II. §. 469.

Glück, Intestaterbf. §. 209.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 440.
Gans, Erbr. Th. 2. S. 407.
Roßhirt, Einteilung S. 222.
v. Buchholtz, jurist. Abh. Nr. 4.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 108 f.

XXV.

Streitig ist, ob dem Universalfideicommissar das von dem Fiduciar aufgenommene Inventarium zu Statten komme, und ob er, wenn der Fiduciar kein Inventar errichtet hat, ein solches anfertigen dürfe, um sich die Rechte eines Beneficialerben zu verschaffen.

Vergl. Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 432 f.
Voet ad P. 28. 8. §. 26.
Ant. Merenda, controv. jur. lib. 18. c. 44. §. 13—24.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 13 u. 22.

XXVI.

Ueber die Frage: wenn einer der mehreren Miterben inventirt, der andere nicht, und die Portion des einen dem andern accrescirt,

vergl. v. Buchholtz in Gießer Zeitschrift Bd. 10. S. 449.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 398 u. 428 f.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 13.

XXVII.

Streitig ist, ob durch den Verkauf verpfändeter Sachen Seitens des Beneficialerben das Pfandrecht erlösche.

Einige stellen ohne weitere Modification die Regel auf: wenn ein Erbe, welcher die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, zur Erbschaft gehörige Sachen veräußert, so erlöschen dadurch alle bisherigen Pfandrechte an denselben.

Mackeldey, Lehrb. §. 327.

Andere meinen, die genannte Voraussetzung sei theils zu weit, theils die daraus gezogene Folgerung unrichtig angegeben. Die Voraussetzung sei zu weit — denn wenn der Beneficialerbe bei einer zureichenden Erbschaft zu derselben gehörige Objecte veräußere und das Geld für sich behalte, so sei die angegebene Voraussetzung nicht vorhanden, sondern es sei nothwendig, daß der daraus gelöste Kaufpreis zum Vortheil der Legatarien oder der Gläubiger verwendet sei,

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 415. Not. 4.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.

und die Folgerung sei unrichtig, denn nach geschehener Veräußerung bleibe die actio hypothecaria, die wesentliche Begleiterin des Pfandrechts, sowohl gegen Legatare als gegen minder berechtigte Gläubiger in Kraft. Es werde also keine Beendigung des Pfandrechts durch den Verkauf von Seiten des Beneficialerben herbeigeführt, sondern nur eine Beschränkung hinsichtlich der Subjecte, gegen welche die hypothecaria actio angestellt werden dürfe.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 415. Not. 4.

Andere meinen, es werde allerdings eine Beendigung des Pfandrechts herbeigeführt, und das Gesetz spreche auch die Klage wider den Käufer ausdrücklich ab, wenn nur Gläubiger oder Vermächtnißnehmer mit dem Kaufgelde befriedigt seien. — Es liege nämlich die Absicht zu Grunde, den Erben gegen Ansprüche wegen Eviction sicher zu stellen. Auch der vorsichtigste Gläubiger sei jetzt nicht gegen den Verlust seines Pfandrechts gesichert, ohne daß er dies einmal wissen oder vermeiden könne; er sei es um so weniger, da der inventarisirende Erbe, welcher frei vom Pfandrechte verkaufen dürfe, leichter Käufer finde. Nur durch vorgängige Edictal-Citation könne Aushülfe geschaffen werden, und es dürfe deshalb der Praxis gestattet sein, einen Schritt weiter zu gehen wie das Gesetz, und dem Erben zur Pflicht zu machen, den Verkauf auf eine Art zu bewerkstelligen, wodurch schon nach allgemeinen Grundsätzen Pfandrechte vernichtet würden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 373.

Andere setzen deshalb auch voraus, daß der Verkauf auf solche Art von dem Erben beschafft sei, wodurch Pfandrechte nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen aufgehoben werden, nämlich durch öffentlichen Aufstrich unter Vorladung derer, welche Ansprüche an die Sache zu machen haben.

Voet, Comm. ad P. 28. 8. §. 19 in f.
Rumpff, diss. de jure delib. §. 26.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 741.

XXVIII.

Streitig ist, ob der Beneficialerbe die Gläubiger zur Annahme einer datio in solutum zwingen könne.

Einige meinen, ein Vortheil eines gesetzlich errichteten Inventars sei es, daß der Erbe die erbschaftlichen Sachen nicht mit Umständen zu Gelde zu machen brauche, um die Gläubiger damit zu befriedigen, vielmehr ihnen die Sache sofort an Zahlungsstatt, nach einem rechtmäßigen Preise, hingeben könne. Man folgert dies aus L. 22. §. 6 u. §. 4 C. de jure delib.

Westphal, von Voelegung u. Eröffn. v. Testam. S. 183.
Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 237.
Madihn, de success. §. 249.

Andere meinen, die Worte des cit. §. 4 könnten nur von sogenannten Vindications- und Damnationslegaten verstanden werden, und bei §. 6 cit. könnten nur die Voraussetzungen gedacht werden, welche damals zur Zeit der cit. L. 22 bei der in solutum datio existirten, also nach L. 16 u. 17 C. de solut. 8, 42 nicht nolente, sondern consentiente creditore. Deshalb könne der Beneficialerbe die in der Erbschaft befindlichen Sachen, wenn es angenommen werde, in solutum geben.

Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 69.

Andere meinen, wenn auch die obige Ansicht zur Zeit der L. 22 cit. richtig gewesen sei, so habe doch Justinian im Jahre 535 in Nov. 4. c. 3 das beneficium in solutum dationis erst geschaffen, und an andere gewisse Voraussetzungen geknüpft, deren Existenz jetzt zur An-

wendung dieser Zahlungsart nothwendig verlangt werde. Deshalb müsse der Beneficialerbe das schuldige Object gerade nicht leisten können,

Madihn, de success. §. 249.
Hunger, das röm. Erbrecht S. 448 f.

doch sei es nicht nothwendig, zu verlangen, die Erbschaft müsse zur Deckung der Schulden unzureichend sein, um die datio in solutum anzuwenden.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 419.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 475.

XXIX.

Streitig ist, ob der Beneficialerbe ein pactum remissorium mit dem Erfolge, daß die Minderheit der Gläubiger an die Beschlüsse der Mehrheit der Gläubiger gebunden sei, abschließen könne.

Einige verneinen dies; denn wenn das römische Recht auch bestimme, daß der Erbe vor dem Antritt einer insolventen Erbschaft sich mit den Gläubigern, eines Nachlaßvertrages wegen, einigen könne, L. 7. §. 19. L. 8. L. 9. L. 10 D. de pact. 2, 14, so finde dies doch auf den Beneficialerben keine Anwendung, weil die Voraussetzung der citirten Gesetze, nämlich daß die Erbschaft noch nicht angetreten sei, bei Beneficialerben nicht zutreffe.

Spangenberg in Gießer Zeitsche. Bd. 6. S. 233.
Heffter im civ. Archiv Bd. 10. S. 342.
Dabelow, Concurs der Gläubiger Cap. 10 a. E. S. 296.

Andere meinen, es sei nach einer Usualinterpretation die Bestimmung des römischen Rechts auf jedes in Concurs gerathene Vermögen ausgedehnt, dergestalt, daß auch der Erbe, welcher pure angetreten hat, es in Anspruch nehmen könne; denn es könne dem Erben, welcher eine insolvente Erbschaft angetreten, nicht weniger Recht zustehen, als dem, über dessen ursprüngliches Vermögen Concurs erkannt werde.

Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 3. S. 11.
Puchta, Concursproceß §. 210 u. 211.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 172 a. E. Not. 4.
Happel, Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse zu vermeiden §. 137.
Voet, Comm. ad P. 2. 14. §. 26.
Schweppe, Concurs §. 19.

Vergl.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 377.
Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 3 S. 11 f.

Präjudiz 1.

Die singuläre, zur Begünstigung der noch nicht erfolgten Antretung einer insolventen Erbschaft erlassene Vorschrift des römischen Rechts, nach welcher die Minderheit chirographarischer Erbschaftsgläubiger verpflichtet ist, sich einem von der Mehrheit angenommenen Nachlaßvertrage zu fügen, leidet in Berücksichtigung ihres Grundes und Zweckes keine Ausdehnung auf den ganz verschiedenen Fall einer cum beneficio inventarii bereits angetretenen Erbschaft, wodurch nur Sicherung der Erben gegen Nachtheil beabsichtigt ist.

Erk. des OAG. zu Celle vom 5. Sept. 1832, in S. der Heinemann'schen Vormünder zu Hannover c. die Hofkrämer Werner u. Holst das., auch übrige Cons. Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 303.

Siehe auch das Präj. sub Contr. 35, in Sachen Rosenbach'sche Gläubiger c. von Hanstein, vom 25. Januar 1800.

XXX.

Streitig ist, ob der Beneficialerbe die über sein Eigenthum vom Erblasser vorgenommenen Dispositionen gelten lassen müsse.

Einige rechnen es unter die Vortheile des errichteten Inventars, daß der Erbe die Dispositionen des Erblassers über des Erben Eigenthum nicht gelten lassen dürfe. Diese Befugniß folge aus den Worten des §. 4 der L. 22 C. de jure delib.: hereditatem sine periculo habeant . . . nihil ex sua substantia heredes amittant.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848. S. 181. d.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 380
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 14.

Andere meinen, daß der Beneficialerbe in dem Falle allerdings zur Anerkennung verbunden werden könne, wenn ihm dafür hinreichende Vergütung aus der Erbschaft zukomme; denn er werde nur soweit von den Verpflichtungen eines gewöhnlichen Erben frei, als die L. 22 C. de jure delib. ihn davon ausdrücklich befreie.

Voet, Comment. ad P. 6. 1. Nro. 16.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.
Thibaut, System §. 876.
Dabelow, Concurs S. 345.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 424.
Holzschuher, Bd. 2. Abth. 1. S. 744.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 915.

XXXI.

Unstreitig transmittirt der Erbe, welcher cum benef. invent. angetreten hat, die Erbschaft auch während der Inventarisation auf seine Erben. Man streitet aber, wie sich dabei die L. 19 C. de jure delib. zu der L. 22. §. 1 end. verhalte.

Einige meinen, wenn der designirte Erbe drei Monat in Unthätigkeit verlebt hat, so werde er so beurtheilt, als ob er der ihm angefallenen Erbschaft ausdrücklich entsagt habe; er habe mit der Erbschaft nichts weiter zu schaffen und transmittire nichts davon auf seine Erben. Diese Ansicht stützt sich auf L. 22. §. 1 C. de jure delib.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 396 u. 441.

Andere meinen umgekehrt, wer nicht binnen 3 Monaten von da an, wo ihm ein Erbanfall bekannt geworden, die Erbschaft ausschlägt, müsse sie annehmen, falls er nicht ein Inventar errichtet oder um Deliberation nachsucht.

Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 695.
Marezoll im civ. Archiv Bd. 8. S. 268 f.

Andere meinen, der Ablauf der fraglichen 3 Monate solle nur soviel bewirken, daß demjenigen, welcher sich später für die Annahme der Erbschaft erkläre, das benef. inventarii nicht mehr zu Statten kommen solle.

Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. S. 52.
Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 2. S. 343.

Andere meinen, nach der L. 19 cit. müsse der berufene Erbe innerhalb Jahresfrist ausschlagen; thue er dies nicht, so werde er als Erbe ange-

sehen, und habe nicht mehr die Befugniß, sich von der Erbschaft loszumachen.

Höpfner, Instit. §. 548 und die Not. 6 das. Aufl. gef. (womit jedoch Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 303. Not. 68 zu vergl.).
Konopak, Instit. §. 426.

Andere meinen, der Berufene müsse nach L. 19 cit. vielmehr binnen einem Jahre antreten, so daß, wenn er dies unterlassen, die Erbschaft für ihn verloren und eine spätere Antretung unmöglich sei.

Thibaut, Versuche Bd. 2. Abh. 7.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 695.

Andere meinen, eine befriedigende Erklärung von Justinian's Absicht bei Erwähnung der dreimonatigen Frist lasse sich gar nicht geben.

Westphal, v. Vorleg. u. Eröffn. d. Test. S. 187.
v. Vangerow im civ. Archiv Bd. 22. S. 155 f.

Vergl.

Arndts, Leipziger krit. Jahrb. v. 1840. S. 28.
Mayer, Erbrecht S. 347.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 300 f.

Andere meinen, eine Auslegung sei möglich, dadurch, daß man sich einfach an die Worte halte, daß, wer innerhalb dreier Monate die Erbschaft bestimmt ausschlage, in keiner Weise durch den Anfall belästigt werden solle; mit anderen Worten, es solle das bisherige Recht fortgelten und die folgenden neuen Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen.

Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 9.
H. Sintenis, cap. sel. ex jur. civ. p. 74.

Siehe hiergegen

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 345. Not. 44.

Vergl. auch

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 743.

Siehe auch unten Erwerb der Erbschaft Contr. 14; desgl. beneficium deliberandi Contr. 2.

XXXII.

Streitig ist, wen der Schaden treffe, wenn ohne die Schuld des Inventirenden Erben Erbschaftsobjecte deteriorirt oder vernichtet werden, und umgekehrt, wem der zufällige Gewinn zu Statten komme*).

Einige meinen, es komme darauf an, ob die zufällige Verminderung sich vor der Erbschaftserwerbung ereignete, oder nachher. Im ersten Falle treffe der Schaden den Erben als nunmehrigen Herrn des Vermögens; eines früheren Schadens halber könne derselbe aber nur wegen culpa oder mora verantwortlich gemacht werden. Ebenso kämen den Gläubigern und Legataren die commoda und accessiones, welche dem Erben zufielen, nicht zu Gute.

Mevii, dec. P. II. dec. 357.
Perez in Cod. 28. 8. §. 11. Nro. 7.
Wernher, lectiss. Comm. T. II. p. 685 sq.

Andere meinen, die obige Ansicht abstrahire ganz von dem Zweck des Justinianischen Gesetzes und stütze sich auf einen juristischen Grundsatz. Indessen müsse eine consequente Anwendung juristischer Principien nothwendig zu dem Resultate führen, daß für die obige Frage nicht die Zeit des Erbschaftserwerbes, sondern die Todeszeit des Erblassers entscheidend sei. Denn, zu welcher Zeit auch der Erbschaftserwerb erfolge, so solle doch die Wirkung stets auf jenen Zeitpunkt zurückgeführt werden (L. 54 D. de acquir. hered. L. 138 pr. L. 193 D. de reg. jur.), was denn namentlich auch für später entstandenen zufälligen Verlust und Gewinn in Beziehung auf den Abzug der quarta Falcidia ausdrücklich anerkannt sei. L. 30 pr. ad leg. Falc. 35, 2. Allein Justinian's Bestimmungen über Rechte des Beneficialerben enthielten so wesentliche Abweichungen von den regelmäßigen Wirkungen eines Erbschaftserwerbs, daß jene Ansichten damit sich nicht vereinigen ließen. Der Kaiser wollte, daß das Vermögen des Erblassers und das des Erben insoweit, als die Rücksicht auf Abwendung von Schaden und Nachtheilen für diesen es erfordert, wie getrennte Massen behandelt werden sollten. Hiernach sei es consequent, den Beneficialerben hinsichtlich seines Verhältnisses zu dem Erbschaftsgläubiger als einen Geschäftsführer fremder Angelegenheiten zu behandeln, mithin denselben nur wegen culpa und mora verantwortlich zu machen, wogegen zufällige Vermehrungen den Gläubigern zu Gute kommen, indem durch jene Separation ja eben nur Abwendung eines Schadens von dem Erben bezweckt werde.

Hertius, diss. de effectibus non confecti inventarii sect. 2. §. 10.
Merenda, controv. jur. lib. 18. c. 43. §. 13 u. 19.
Schweppe, röm. P.-R. §. 848.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 71.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 417.

Vergl. jedoch

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 405.
Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 23.

XXXIII.

Streitig ist, welche Beweismittel den Vermächtnißnehmern bei behaupteter Unrichtigkeit des Inventars zustehen.

Einige meinen, abwesende Vermächtnißnehmer hätten, wenn die im Gesetze vorgeschriebene Form beobachtet worden, zum Beweise der Unrichtigkeiten im Inventar nur Recurs zum Eide der Zeugen und Vermächtnißnehmer, während die in der Stadt gegenwärtigen Vermächtnißnehmer, welche der Ladung ungeachtet nicht erschienen seien, nur zum Manifestationseide ihre Zuflucht nehmen könnten.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 912.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 405.

Andere sprechen den Vermächtnißnehmern diese Beweismittel ab, da der Ausdruck ἀποκεῖσθαι in der Nov. 1 die Bedeutung von removeri, seponi habe.

Cujacius in der expos. der Nov. 1.

Siehe hiergegen

Heimbach, l. c.,

wo behauptet wird, daß in der Novellensprache der Ausdruck ἀποκεῖσθαι gleichbedeutend mit reservari sei.

Vergl. auch

Heimbach in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 405. Not. f.

---

*) Uebrigens ist der Beneficialerbe nicht unbedingt berechtigt, alle der Erbschaft wegen verausgabten Proceßkosten von der Erbschaftsmasse vorweg zu nehmen, sondern nur die nothwendigen und nützlichen.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom Juni 1831, in S. Lückefett c. Vornefohl.

XXXIV.

Streitig ist, ob die Interessenten, welche die Richtigkeit des errichteten Inventars bestreiten, die Beeidigung des Erben verlangen können.

Einige meinen, das gehörig errichtete Inventar begründe an sich den vollständigen Beweis der Wahrheit seines Inhalts. Es müsse also bei behaupteter Unrichtigkeit der Gegenbeweis geführt werden, und da der directe Gegenbeweis nicht durch Eidesdelation geführt werden dürfe (Danz, ordentl. Proc. §. 253. Gönner, Handb. des Proc. Bd. 2. Abs. 41. §. 7, vgl. Cap. 2 X. de probat. 2, 19), so könne dem Erben darüber, daß er Alles getreulich angegeben habe, der Beweis nicht deferirt werden. Würden dagegen einzelne Mängel und Unrichtigkeiten namhaft gemacht, so sei der Beweis dieser Behauptungen (Martin, Civilproceß §. 186. Not. i. Linde, Civilproceß §. 236) so gut wie durch andere Beweismittel, auch durch Eidesdelation zulässig.

Mevius, dec. P. 4. dec. 92.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1470.

Andere meinen, daß das Recht der Interessenten, von den Erben einen Eid zu verlangen, nicht an die Bedingungen des processualischen Gegenbeweises gebunden sei, vielmehr der Manifestationseid nach L. 22. §. 10 D. de jure delib. 28, 8 ohne weitere Bescheinigung der Verdachtsgründe von allen Denjenigen gefordert werden könne, welche kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dessen Hause sich aufgehalten haben.

Leyser, sp. 364. med. 6 u. 7.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 35.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 746.
Sintenis, Civilr. § 185. Not. 20.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 911 u. 912.

Andere stimmen dieser letzteren Ansicht bei, behaupten aber, daß dabei vorausgesetzt werde, daß es an anderen genügenden Beweismitteln fehle; denn es erheische nicht nur die Billigkeit, daß dem Erben in einem Falle, wo ihm ein gehörig errichtetes Inventar zur Seite stehe, nicht ohne Weiteres der Eid auferlegt werden könne, sondern in dem Gesetze heiße es ja ausdrücklich: „si aliae probationes defecerint", und sich darüber hinwegzusetzen, liege kein Grund vor. (L. 22. §. 10 C. de jure delib. 6, 30. L. 25. §. 3 D. de probat. 22, 3. vergl. L. 34. §. 6 D. de jurejurando 12, 2. L. 9 C. de reb. cred. 4, 1.)

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 413.

XXXV.

Streitig ist, wie das beneficium inventarii neben dem jus deliberandi bestehe.

Einige meinen, es werde von den neueren Juristen mit Recht angenommen, daß das Recht des Beneficialerben neben dem jus deliberandi nicht bestehen könne; denn Justinian bestimme in L. 22. §. 14 C. de jure delib., man solle zwischen dem jus deliberandi und dem jus inventarii eine Wahl treffen, da Beides nicht vereinigt werden könne. Wer also das jus deliberandi wähle, müsse, sobald er antritt und sein Antritt angenommen wird, — ungeachtet er daneben ein Inventar gemacht habe, — im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses aus eigenem Vermögen zuschießen.

Schweppe, röm. P.-R. §. 848. S. 177. Not. 3.
Westphal, Vorleg. u. Eröffn. d. Test. §. 341.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 387.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507.

Andere halten einen Jeden, welcher deliberire, verpflichtet, auch ein Inventar zu errichten, wegen der Worte in §. 14 cit.: „necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere".

Marezoll im civil. Archiv Bd. 8. S. 274.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 503.

Andere meinen, jene Worte in §. 14 cit. wollten nicht sagen, daß der deliberirende Erbe schlechterdings inventiren müsse, sondern nur, daß, wenn er dies thue, er dabei an die gesetzlichen Vorschriften gebunden sei, und er anders sich das Recht, welches auch für ihn das Gesetz daran knüpfe, nicht verschaffen könne.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 427. Not. 4.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 387. Not. 47.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 248.

Andere meinen, nach Justinianischem Rechte seien im Allgemeinen beide Rechtswohlthaten zwar von einander geschieden; doch seien sie insofern mit einander verbunden, als derjenige, welcher sich eine Bedenkzeit erbitte, die Verpflichtung habe, ein förmliches Inventar zu errichten. Wenn er es aber vorziehe, nach Errichtung des Inventars von dem benefic. deliberandi in sofern Gebrauch zu machen, als er den Antritt der Erbschaft erst nach Ablauf der für die Vollendung des Inventars festgesetzten Frist erkläre, so hafte er den Erbschaftsgläubigern und Legataren auch mit dem eigenen Vermögen. Falls der Deliberant aber ohne Errichtung eines Inventars die Erbschaft antrete, oder wenigstens nicht ausdrücklich zurückweise, so hafte er nicht nur den Erbschaftsgläubigern mit dem eigenen Vermögen, sondern könne auch gegen Legatare die Quarta Falcidia nicht geltend machen. Schlage er aber im angegebenen Falle ausdrücklich aus, so müsse er die Erbschaftssachen den Erbschaftsgläubigern oder Nacherben ausantworten, und zur Ausmittelung der Quantität derselben werde den Gläubigern und Nacherben der Würderungseid gestattet.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 916 u. 917.
Vergl. Erwerb der Erbschaft Contr. 17.

Präjudiz 1.

Der für die nachgelassenen minderjährigen Kinder des verstorbenen Billardeur Rosenbach bestellte Vormund hatte die väterliche Erbschaft seiner Pflegebefohlenen cum benef. invent. angetreten und die Erbschaftsgläubiger zur Erforschung des Vermögensbestandes öffentlich vorladen lassen. In dem termino professionis ergab sich ein die Activa überschreitender Passivbestand; doch waren die angemeldeten Forderungen noch illiquide. Für die Sicherheit der Masse hatte man gerichtsseitig Vorsorge genommen. Ein Theil der Gläubiger verlangte darauf die sofortige Concurseröffnung und Bestellung eines curator bonorum et litis, weil bei der vorhandenen Insufficienz des Nachlasses dem Vormunde, um die Befriedigung der Gläubiger aufzuhalten, keine weitere Deliberationsfrist zu-

kommen könne, und er mithin auch nicht befugt sei, die Activforderungen des Erblassers gerichtlich einzutreiben. Ein anderer Theil der Gläubiger widersprach der sofortigen Eröffnung des Concurses und Ansetzung eines Curators, und wollte vielmehr die Regulirung des Liquidationsgeschäfts und die Betreibung der anhängigen Processe dem Vormunde überlassen. Der Magistrat zu Münden verwarf das Gesuch der ersteren, und die hannoverische Justiz-Canzlei erkannte in appellatorio bestätigend, daß, da die Erbschaft cum benef. invent. angetreten, bis zu erfolgter Erklärung des Vormundes, ob er die Erbschaft beibehalten oder den Gläubigern überlassen wolle, von der Eröffnung eines Concurses nicht die Rede sein könne.

Das OAG. Celle hat in S. der Rosenbach'schen Gläubiger c. von Hanstein am 25. Januar 1800 ein Gesuch pro rescripto aus folgenden Gründen abgeschlagen.

Es ist zwar streitig, ob einem Erben, in Rücksicht derselben Erbschaft, das jus deliberandi und das beneficium inventarii zugleich zukomme, und ob er beides zugleich mit einander verbinden könne. Von vielen Rechtsgelehrten,

de Aemings, quaest. jurid. an heres deliberans benef. invent. uti poss.

Rumpff, de jure delib. et benef. inv. §. 32.

wird solches aus dem anscheinenden Grunde geleugnet, weil derjenige, welcher die Erbschaft cum benef. inv. wirklich angetreten hat, nun nicht noch weiter berathschlagen kann, ob er sie annehmen will oder nicht? und daß daher die Erwählung des einen beneficii den Gebrauch des anderen von selbst ausschließen müsse. Wenn man aber auch die entgegengesetzte Meinung,

Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 248.

da Justinian das jus delib. nicht aufgehoben hat, annehmen will, so steht es doch bekanntlich nicht in der Willkür des Erben, wenn die Gläubiger auf eine Erklärung dringen, die Bedenkzeit nach Gefallen zu bestimmen, sondern er muß solche binnen der gesetzlich bestimmten oder vom Richter erstreckten Frist abgeben.

Höpfner, Comment. §. 548.

Ist sie abgelaufen, so haben die Gläubiger ein unstreitiges Recht, den Erben, wenn gleich nicht gerade zur Antretung der Erbschaft, doch dazu anzuhalten, daß er sie ausschlagen, und ihnen zu ihrer Befriedigung überlassen muß. Zeigt es sich alsdann, daß die Erbmasse nicht zur Bezahlung aller Gläubiger hinreichend ist, so muß ein förmliches Concursverfahren eintreten.

Hat aber der Erbe die angefallene Erbschaft ausdrücklich cum benef. inv. angenommen, so ist es ihm allerdings verstattet, die Gläubiger, welche sich zuerst melden, ja sich selbst, zu bezahlen, wenn er nur den Vorzug der Zeit unter den Creditoren beobachtet.

L. 22. §. 4 C. de jure delib.

Claproth, von Testamenten §. 66.

Pufendorf, animadv. 88.

Zeigt es sich indeß klar, daß die Erbschaft zur Bezahlung aller Schulden nicht hinreicht, und der Erbe wollte geringere Gläubiger vor vorzüglicheren befriedigen, so würde diese Handlung von seiner Seite nicht bloß eine böse Absicht verrathen, weshalb er den Beschädigten zum Schadensersatz verbindlich werden würde,

Rumpff, l. c. §. 25.

Lauterbach, C. th. pr. lib. 38. tit. 8. §. 14.

sondern die Gläubiger könnten auch ohne Zweifel, um den für sie hieraus entstehenden Nachtheil abzuwenden, gerichtliche Verfügungen wider den Beneficialerben erwirken und auf die Eröffnung eines förmlichen Concursverfahrens antragen, und der Erbe würde dergleichen richterliche, auf Ansuchen der Gläubiger und zu deren Sicherheit abzweckende Verfügungen durch eine bloße Beziehung auf die ihm zustehende gesetzliche Wohlthat des inventarii nicht hintertreiben und unwirksam machen können.

Ein Beneficialerbe darf ferner in dem gesetzlich bestimmten Zeitraum, da das Inventar zu errichten ist, von keinem der Gläubiger auf Bezahlung gerichtlich angesprochen werden, und wenn es geschieht, so ist er befugt, die dilatorische Einrede des noch nicht vollendeten Inventars zu opponiren.

L. 22. §. 11 C. de jure delib.

Zur Vervollständigung desselben gehört aber die Verzeichnung sowohl des Activ- als des Passivvermögens. Der Zustand der Erbschaftsmasse läßt sich gleichwohl nicht immer aus der Einsicht der Papiere des Verstorbenen mit Sicherheit entdecken, und es ist deshalb für den Erben nützlich und nothwendig, die Gläubiger gerichtlich vorladen zu lassen.

Pufendorf, T. III. obs. 86.

Ohne Zweifel kann alsdann der Beneficialerbe nicht allein das Liquidationsverfahren betreiben, einen Vergleich versuchen und vergleichen, sondern die Gläubiger selbst müssen den Punkt der Liquidität ihrer Forderungen wider denselben richten. Allein dieses Verfahren hindert diejenigen Creditoren gar nicht, wenn Forderungen liquide sind, auf ihre Befriedigung zu dringen, wenn die zur Vollendung des Inventars vorgeschriebene Frist abgelaufen ist. Kann alsdann der Beneficialerbe diese Gläubiger nicht auf einmal und mit einander befriedigen, oder zeigt es sich nach dem Professionstermine offenbar, daß die vorhandene Schuldenlast das Vermögen übersteigt, so haben die Creditoren die Befugniß, auf die Einleitung eines förmlichen Concursverfahrens anzutragen, und der Richter darf sie mit einem solchen Gesuche wenigstens nicht aus dem Grunde abweisen, weil sich der Erbe noch nicht bestimmt erklärt habe, ob er die Erbschaft beibehalten oder sich derselben entschlagen wolle.

Die Miterben haben hierbei, wo von keinem eigentlichen Stundungs- oder Nachsichtsvertrage die Rede ist, so wenig ein begründetes Widerspruchsrecht als der Beneficialerbe. Dem Letzteren darf man doch wohl keine größeren Rechte einräumen, als sein Erblasser selbst hatte, und mithin kann er auch die Bezahlung der liquiden Forderungen unter dem Vorwande nicht aufhalten, daß vor völliger Berichtigung des Liquidationsgeschäfts der status passivorum annoch in Ungewißheit beruhe. Die öffentliche Vorladung der Gläubiger gereicht ohnehin bloß zur Sicherheit und Schadensverhütung des Erben.

Pufendorf, l. c. §. 2 u. 4.

Nach verflossenem Professionstermine läßt es sich auch in den meisten Fällen sehr leicht beurtheilen, ob es rathsam sei, die Erbschaft beizubehalten, oder sich durch Restitution derselben von der ganzen Verbindlichkeit eines Erben zu befreien. Wollte man also die Abgabe einer solchen Erklärung ganz von der Willkür des Erben abhängig machen, so könnte die Sicherheit der Gläubiger nicht bloß in Gefahr kommen, sondern sie würden auch durch die dadurch veranlaßte spätere Befriedigung in Schaden gesetzt werden. Und wenn man übrigens annehmen dürfte, daß die in den römischen Gesetzen vorgeschriebene Zeitfrist, binnen welcher das Inventar vollendet werden soll, heutzutage nicht mehr zu beobachten sei, so können doch die Gläubiger zu ihrer Sicherheit bei dem Richter darauf antragen, daß dem Erben aufgegeben werde, sich binnen einer Präjudizialfrist zu erklären, ob er die Erbschaft beibehalten oder sich derselben entschlagen wolle.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 3. Nr. 14.

S. ferner Präj. 2 zu Contr. 4 o. S. 44.

Beneficium separationis.

Dabelow, ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Cap. 12. S. 325—375.

Schweppe, System vom Concurse der Gläubiger S. 255 f.

Fritz im civ. Archiv Bd. 12. S. 328 f.

Hermbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 917.

Hake, de separat. patrimoniorum in concursu.

I.

Streitig ist, bei welchem Richter, unter mehreren Concurrenten, die Separation nachzusuchen sei.

Einige meinen, bei demjenigen, unter welchem der

verstorbene Schuldner, dessen Güter separirt werden sollen, gestanden hat; denn bei diesem Gerichte könne ja auch der Erbe wegen Erbschaftsschulden belangt werden.

Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 46. §. 46.

Andere meinen, nach der richtigeren Meinung sei derjenige Richter zur Ertheilung des benef. separ. competent, unter welchem der jetzige Inhaber der zu separirenden Vermögensmassen steht, da durch die Vereinigung der verschiedenen Vermögensmassen eine Confusion eintrete.

Lauterbach, Coll. th. pr. P. 42. 6. §. 4.
Dabelow, Concurs S. 340.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 919.
Holzschuher, Th. 3. S. 217.

Präjudiz 1.

Den beigebrachten Bescheinigungen zufolge wird der auf dem Cap der guten Hoffnung befindliche Nachlaß des dort wohnhaft gewesenen verstorbenen E. G. daselbst concursmäßig behandelt, und sind die Justificanten und Appellanten gerichtlich bestellte Curatoren jenes Nachlasses.

Der in Altona befindliche Theil des von dem verstorbenen E. G. nachgelassenen Vermögens ist jedoch von dem Altonaer Magistrat der gerichtlichen Behandlung unterzogen worden, und dies Verfahren rechtfertigt sich schon nach den vom Arrestproceß geltenden Grundsätzen vollkommen durch das Recht der etwaigen hiesigen Gläubiger, sowie des hiesigen Beneficialerben auf Sicherung ihrer Ansprüche, deren Verwirklichung gefährdet sein würde, wenn sie genöthigt würden, dieselben im Auslande, und zwar in einer außereuropäischen Colonie zu verfolgen, wie denn auch die Competenz des Magistrats zur gerichtlichen Behandlung der in Altona befindlichen Vermögensmasse behufs Befriedigung der auf das Altonaer Proclam angemeldeten Gläubiger von den Appellanten anerkannt worden ist.

Die durch die Appellanten vertretenen (ausländischen) Gläubiger des verstorbenen E. G. sind als solche allerdings berechtigt, aus dem g e s a m m t e n Nachlaß desselben ihre Befriedigung zu suchen. Es haben nun zwar die Appellanten auf das von dem Altonaer Magistrat über die in Altona befindliche Vermögensmasse erlassene Proclam nicht die Forderungen der erwähnten Gläubiger an den verstorbenen E. G. behufs Liquidirung derselben in dem von dem Magistrat eröffneten concursmäßigen Verfahren angemeldet, sondern lediglich „deren Gerechtsame auf Auslieferung des Nachlasses nach abgelegter Rechnung und Befriedigung der hierselbst gemeldeten Creditoren" proßtirt. Die unterlassene Anmeldung der Forderungen derselben auf das hiesige Proclam kann aber nicht den gänzlichen Verlust ihrer Ansprüche an die in Altona befindliche Vermögensmasse, sondern, in Uebereinstimmung mit dem Antrage der Appellanten, nur die Beschränkung ihrer Ansprüche auf den nach Befriedigung der auf das Altonaer Proclam gemeldeten und justificirten Forderungen sich ergebenden Ueberschuß des Altonaer Vermögens zur Folge haben, weil die gerichtliche Behandlung desselben seitens des Altonaer Magistrats sich eben nur als Maßregel zur Sicherung der Ansprüche der hiesigen Gläubiger und des hiesigen Beneficialerben, ausländischen Gläubigern und Erben gegenüber, rechtfertigt, und das von dem Magistrat erlassene Proclam daher auch nur in diesem Sinne aufgefaßt werden kann.

Auch die Ansprüche des Mitappellanten J. H. G. als Beneficialerben können durch die demnächstige Auslieferung des, nach Befriedigung der auf das Altonaer Proclam gemeldeten und justificirten Forderungen sich etwa ergebenden Ueberschusses der hiesigen Masse an die Appellanten nicht beeinträchtigt werden, wenn diese zuvor der ihnen durch das Magistratserkenntniß vom 24. Juli 1848 gemachten Auflage:

> nämlich „ihren Anspruch binnen einer Frist von sechs Monaten durch Beibringung einer, rücksichtlich der Specification der activa und passiva, und deren Justification gehörig beglaubigten Acte abseiten der dortigen Gerichtsbehörde über den Status der dortigen Concursmasse und der Appellanten Autorisirung zur Erhebung des Geldes näher als geschehen zu justificiren,"

Genüge geleistet haben werden, indem es sich von selbst versteht, daß es dem Ermessen des Magistrats überlassen bleiben muß, die Forderungen aller derjenigen Gläubiger, welche aus der von ihm gerichtlich behandelten Masse ihre Befriedigung verlangen, seiner Cognition zu unterziehen.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 4. Sept. 1850.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 239.

II.

Streitig ist, ob auch Pfandgläubiger des Verstorbenen zum Separationsrechte zuzulassen seien.

Einige meinen, die Pfandgläubiger seien an sich schon durch das Pfandrecht gesichert, und deshalb zum benef. separat. nicht zuzulassen.

Struv, exerc. 44. th. 60.
Bruonemann, tr. de concursu credit. §. 12.
v. Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden Th. 94. Nr. 11.
Huber, prael. jur. civ. tit. de separat. §. 1.
Weroher, obs. T. tt. P. VII. obs. 6.
Carpzov, jurispr. for. P. 1. c. 28. def. 10. Nro. 8.

Andere meinen, die Pfandgläubiger seien nicht auszuschließen; es redeten nämlich die Gesetze L. 1. §. 1 D. de separat. 42, 6 ganz allgemein von allen Gläubigern des Verstorbenen, und es scheine nicht rathsam, eine solche dem Zwecke der Separation widersprechende Beschränkung der Rechtswohlthat ohne ausdrückliches Zeugniß der Rechtsquellen anzuerkennen.

Dabelow, Concurs S. 332.
Frick, diss. de debitoris demortui creditoribus ad separat. benef. admitt. p. 19.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 42. 6. §. 9.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 919.
Holzschuher, Th. 3. S. 217.

III.

Streitig ist, ob die Gläubiger des Erben das benef. separat. fordern können.

Einige bejahen dies für den Fall, daß die angefallene Erbschaft insolvent ist, unbedingt, und gestatten nur gegen die nachgesuchte Separation eine in integr. restitutio. L. 1. §. 5 D. 42, 6.

Müller, promtuar. T. t. p. 631. Nro. 13 und die sub lit. a daselbst Allegirten.

Andere meinen, den Gläubigern des Erben stehe das benef. separat. auch dann nicht einmal zu, wenn der Erbe in der Absicht, ihnen zu schaden, eine überschuldete Erbschaft antrete (im Widerspruch mit Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 921). Nur ausnahmsweise und in dem Falle sollten sie es haben, wenn der zur Antretung genöthigte Erbe die Erbschaft für vermuthlich überschuldet ansah, deswegen um seinetwillen nicht, sondern weil er sie einem Fideicommissar herausgeben soll, antrat, und nun Niemand als Fideicommissar sie ihm abnehmen will, der Erbe dann aber gegen die Antretung sich restituiren läßt.

Schweppe, röm. P.-R. §. 849. S. 184. Not. 6.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 508. S. 322.
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 748.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 920.

Vergl.

Dabelow, Concurs S. 335 f.

Präjudiz 1.

Die den Glänbigeen einer Erbschaftsmasse zustehende Befugniß, eine Trennung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben zum Zweck ihrer zunächst aus ersterem zu erlangenden Befriedigung in Anspruch zu nehmen, ist auch in dem Fall für gesetzlich begründet zu halten, wenn das Vermögen des Erben nicht mit Schulden belastet oder überschuldet ist.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 23. April 1841, in S. G. Roßkopf c. R. Roßkopf's Erben.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 312.

IV.

Streitig ist, ob bei einer Antretung der Erbschaft cum benef. invent. die Erbschaftsgläubiger nöthig haben, eine separatio bonorum nachzusuchen, um des Erblassers Vermögen von dem des Erben zu trennen.

Einige verneinen dies, da das Gesetz selbst die Erbschaftsmasse schon genugsam von dem Vermögen des Erben gesondert habe.

Merius, dec. P. 1. dec. 38. Nro. 7.
Westphal, von Vorlegung u. Eröffn. der Testam. §. 336. unter Bezugnahme auf nicht genannte praktische Juristen.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. tit. de separ. §. 17.

Andere meinen, die Frage sei zu bejahen. Der nächste Zweck des Gesetzes sei, den Erben sicher zu stellen und dadurch denselben zur Annahme der Erbschaft sub inventario zu bestimmen. Deshalb solle sich der Erbe durch Zahlung an die Gläubiger, so wie sie sich melden, nach dem Bestande der Erbschaft von allen Ansprüchen befreien können. Hieraus folge nun, daß er sich aus der Erbschaft nichts aneignen, noch seine eigenen Gläubiger daraus befriedigen dürfe, bis die Gläubiger des Erblassers befriedigt seien; mehr aber auch nicht. Das Gesetz gewähre also den Gläubigern das nicht, was sie durch eine separatio bonorum erreichen könnten, nämlich: vollständige Trennung des erbschaftlichen Vermögens zum Zweck ihrer ausschließlichen Befriedigung aus demselben. Daher dürfe ihnen auch die Befugniß nicht abgesprochen werden, die Separation nachzusuchen, sobald die Umstände von der Art sind, daß concursmäßige Einleitungen zu ihrer Sicherheit nothwendig erscheinen.

A. Faber, error. Pragm. dec. II. err. 2 u. 3.
Sintenis, Civilr. §. 186. Not. 4.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 379.
Dabelow, Concurs der Gläub. S. 344.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 508.
Schweppe, röm. P.-R. §. 849.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 749.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 185. Not. 15.
Fritz im civ. Archiv Bd. 12. S. 240 f.

Präjudiz 1.

Deshalb ist auch eine Edictalladung und Präclusion bei nicht cum benef. invent. angetretener Erbschaft wirkungslos, wie die Erkenntnisse des OAG. zu Celle vom 6. Mai 1840, in Sachen Hanken c. Kappelmann, und vom 16. Sept. 1852, in Sachen Hinsch c.v. Heinburg aussprechen.

In der letztgedachten Rechtsache wollten sich die Beklagten gegen einen Erbschaftsgläubiger damit schützen, daß von ihnen bei unbedingt erfolgter Erbschaftsantretung eine Edictalladung und bez. Präclusion erwirkt sei.

Während das Mittelgericht eine Haftverbindlichkeit nur bis zum Betrage der Erbschaft anerkannte, sprach das höchste Landesgericht, in Uebereinstimmung mit dem Erkenntnisse erster Instanz, aus, daß die Einrede der Präclusion als völlig verwerflich erscheine, weil einer zu Gunsten von nicht cum benef. invent. antretenden Erben erlassenen Edictalladung und dem darauf abgegebenen Präclusivbescheide weder nach gesetzlichen Vorschriften, noch nach einem etwaigen Gerichtsgebrauche irgend eine ausschließende Wirkung, selbst nicht einmal die Wirkung beigelegt werden könne, daß nicht angemeldete Erbschaftsforderungen von den Erben nur bis zum Belaufe der Erbschaft berichtigt zu werden brauchen.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 155.

Präjudiz 2.

Der Kaufmann A. Samson in B. war verstorben, und von den sieben nachgelassenen Kindern schlugen vier die Erbschaft aus, drei traten dieselbe cum benef. invent. an. Während der Aufnahme des Inventars wurde auf Antrag mehrerer Gläubiger von dem K.-G. Braunschweig Concurs erkannt. Eines der Samson'schen Kinder, der Appellant Dr. J. Samson, protestirte gegen die Concurseröffnung; dieser Protest wurde zurückgewiesen und auf erhobene Appellation wurde das den Protest zurückweisende Erkenntniß unterm 5. Mai 1846 bestätigt, i. AS. Samson c. Nathan, aus folgenden Gründen:

.... wird mitgetheilt, und da die Voraussetzungen eines jeden Concurses, eine Mehrheit von andrängenden Gläubigern und Unzulänglichkeit der vorhandenen Vermögensmasse zu deren allseitiger Befriedigung, welche vor Eröffnung eines Concurses durch eine Voruntersuchung von dem den Concurs erkennenden Gerichte festzustellen sind, in den Acten in Gewißheit gesetzt sind, indem — folgen verschiedene Gläubiger, welche sehr beträchtliche Forderungen aufgestellt und einigermaßen bescheinigt haben — mithin hinreichende Gründe zur Erkennung und Eröffnung des Concurses um so mehr vorhanden sind, als mehrere Gläubiger ausdrücklich auf Eröffnung des Concurses angetragen haben, von vielen Rechtslehrern die Unvereinbarkeit mehrerer dem Beneficialerben nach römischem Rechte gegen die Erbschaftsgläubiger zustehenden Befugnisse in Bezug auf die Vertheilung einer überschuldeten Erbschaft mit den jetzt geltenden, weniger auf positiven Gesetzesvorschriften, als durch Doctrin und Praxis ausgebildeten Grundsätzen des Concursprocesses behauptet wird,

Mühlenbruch, Lehrb. §. 700.
Schweppe, Concurs §. 24.

nach einheimischen Rechten,

§. 26 der Verfügung Fürstl. Regierungs-Commiss. vom 3. Febr. 1814,

die Befugniß und Verpflichtung der Gerichte, bei dem Vorhandensein eines zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger unzulänglichen Nachlasses, auch wenn Beneficialerben da sind, und diesen im Allgemeinen eine Mitwirkung bei der Vertheilung der Masse nicht bestritten werden könnte, den Concurs einzuleiten, mithin zur Feststellung des Activ- und Passivbestandes der Masse, zur Wahrnehmung des Interesses der gesammten Gläubigerschaft, zur Sicherung der Masse u. s. w. Edictalladungen zu erlassen und einen Curator, resp. Contradictor wenigstens provisorisch zu bestellen, um so weniger in Zweifel gezogen werden kann, als der Beneficialerbe sich im vorliegenden Falle selbst Forderungen an den Nachlaß beimißt,

so wird — abgeschlagen.

Das OAG. bestätigte diesen Bescheid unterm 22. Juni 1846 aus folgenden Gründen, daß:

da 1) durch die Antretung der Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars, sobald Insolvenz sich zeigt, oder den Umständen nach auch nur zu befürchten ist, ein auf den Antrag der Gläubiger einzuleitendes concursmäßiges Verfahren nicht gehindert werden kann, ein solches sogar der Beneficialerbe sodann selbst veranlassen muß, statt die in Ansehung der Disposition über die Masse ihm sonst zustehenden Befugnisse ausüben zu dürfen,

arg. L. 1 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.

2) jene Befürchtung aber durch die Vergleichung

a) des nach der vom Erblasser laut der Notariatsurkunde vom 5. Februar d. J. kurz vor seinem am 23. des

folgenden Monats erfolgten Tode zu Gunsten seiner Söhne Ludwig und Emil gemachten Verfügung über sein Waarenlager, seine Baarschaft, seine Activa und seine hierauf sich beziehenden Bücher, dem vorliegenden Inventare über seinen Nachlaß zufolge gebliebenen Bestandes desselben, wovon das Haus als der hauptsächlichste Theil nach der fol. 62 der kreisgerichtlichen Acten enthaltenen Erklärung des Mitvormundes der minderjährigen Samson'schen Kinder, Banfier Heymann, mit Hypothekschulden behaftet ist,

b) mit den von den Samson'schen Kindern wegen des Mutterguts gemachten, auf 13,000 Thlr. sich belaufenden Ansprüchen und den nach fol. 1. 13. 45 bereits erfolgten Anforderungen mehrerer Gläubiger, welchen noch die fol. 89 u. 109 enthaltenen Anforderungen hinzukommen — schon jetzt offenbar begründet ist, nicht zu gedenken der nach den Geschäftsverhältnissen des Erblassers zu erwartenden Liquidationen noch anderer Gläubiger;

3) das Interesse dieser Gläubiger bei Erhaltung der Nachlaßmasse, insonderheit der Herbeischaffung der dazu gehörigen Gegenstände auch nur im concursmäßigen Verfahren vom curator bonorum et ad lites gehörig vorgenommen werden kann; wogegen

4) dem Appellanten alle die Vortheile daneben verbleiben, welche sonst gesetzlich an das Inventar geknüpft sind,

L. 22 C. de jure delib. 6, 30.

ihm also alles rechtliche Interesse mangelt, das concursmäßige Verfahren zu hindern, wie solches Interesse der Erblasser selbst gehabt haben möchte,

die Appellation abgeschlagen werden rc.

V.

Ueber Edictalladungen in Erbschaftssachen, und über die Frage: wer sind bekannte Gläubiger?

spricht sich das nachstehende Präjudiz aus.

Präjudiz 1.

Die in Nachlaßsachen (zumal nach vielen Particulargesetzen) üblichen Edictalladungen haben den Zweck, die Erben vor unbekannten Gläubigern sicher zu stellen. Dieser Zweck wird schon vollkommen erreicht, wenn nur diejenigen zur Anmeldung verpflichtet werden, deren Ansprüche den Erben noch unbekannt sind. Es ist daher kein Grund vorhanden, die Anmeldungspflicht noch weiter auszudehnen, nämlich auch auf diejenigen, deren Ansprüche den Erben zwar bereits bekannt, aber von denselben als richtig noch nicht anerkannt sind. Die Wissenschaft von dem Anspruche an den Nachlaß setzt die Erben schon in den Stand, sich durch Specialcitation und Provocation zu sichern, und es bedarf also insoweit der Edictalladung gar nicht. Ohnehin ist es allgemeine Regel, daß Edictalladungen nur ausnahmsweise stattfinden, insofern Specialcitationen und Provocationen unanwendbar sind. Eine entgegengesetzte Bestimmung, nach welcher auch die ihren Ansprüchen nach bereits bekannten Gläubiger bei noch ermangelnder Anerkennung ihrer Forderungen der Edictalladung zu dem verlassenschaftlichen Professionstermin bei Strafe der Präclusion zu folgen hätten, wäre höchst unzweckmäßig; es würde dann die Befreiung von der Anmeldungspflicht von der Willkür desjenigen abhängen, dessen Sicherstellung die Edictalladung bezweckt, nämlich davon, ob der Provocant den Anspruch anerkennen wolle oder nicht. Dem allen zufolge kann (abgesehen von abweichenden particulargesetzlichen Vorschriften) ein Gläubiger, dessen Anspruch den Erben (beziehungsweise dem Testamentsvollstrecker, wenn dieser die Edictalladung erwirkte) schon bekannt war, wegen Nichterscheinen in dem verlassenschaftlichen Professionstermine nicht der Präclusion vom Nachlasse unterworfen werden.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 7. Mai 1828, in S. von dem Busch w. Schomacker.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 155.

Besitz der Erbschaftssachen, ob er auf den Erben übergehe? s. Erwerb des Erbrechts c. 16.

— — der hereditas jacens, s. hereditas jacens c. 2.

Betrug, Irrthum, Zwang — bei letztwilliger Disposition*).

Glück, Pand. Bd. 33. S. 426 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 485 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 431.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 337 f.
Gans, Erbrecht Bd. 2. Cap. 2. S. 161 f.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 15 u. §. 412.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 789. S. 49 f.

*) Ist der Erblasser zwangsweise von Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abgehalten, und der Zwang war von sämmtlichen berufenen Erben ausgeübt, so wird die ganze Erbschaft vom Fiscus eingezogen und auch die an Dritte ausgesetzten Vermächtnisse werden nicht präftirt, L. 19 de his, quae ut indign. 34, 9. Sind neben dem Zwingenden noch andere berufene Erben da, so tritt der Fiscus nur an die Stelle des Ersteren, während die Portionen der Uebrigen, und gewiß auch die auf diesen Portionen lastenden Vermächtnisse ungeschmälert bleiben, L. 1. §. 2. L. 2. §. 1 si quis aliquem testari 39, 6. Ist endlich der Zwang von Jemandem ausgegangen, der gar kein Vermögensinteresse hat, so bleibt die Erbschaft vollständig bei dem berufenen Erben, und nur diejenigen, denen erweislich durch den Zwang geschadet ist, können von dem Zwingenden Schadloshaltung in Anspruch nehmen. L. 1. §. 1 si quis aliquem testari 39, 6.

I.

Streitig ist, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Erblasser zur Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens gezwungen ist.

Einige meinen, eine erzwungene letztwillige Disposition sei völlig nichtig und die gesetzlichen Erben treten an die Stelle des Zwingenden. Man beruft sich theils auf das allgemeine Princip, daß alle erzwungenen Geschäfte regelmäßig nichtig seien, theils auf verschiedene Gesetze. Nach L. 2. §. 7 de bonor. poss. sec. tab. 37, 11: nam pen non scripto est, quem scribi noluit, sei die Erbeinsetzung Jemandes, den der Testator nicht einsetzen wollte, nichtig; nach L. 20. §. 10 qui testam fac. poss. 28, 1: si detenti sint invili testes, trete schon Nichtigkeit ein, wenn ein Zeuge gezwungen sei: um wie viel mehr müsse dieselbe angenommen werden, wenn gegen den Testator selbst Zwang angewendet worden? Nach L. 32 pr. in f. D. de hered. instit. 28, 5: Satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere, würde der Inhalt einer testamentarischen Verfügung nicht fremdem Willen anheim gegeben, also in Verbindung mit Ulp. fragm. tit. 22. §. 4: certum consilium debet esse testantis, das Erforderniß der Selbstständigkeit ganz allgemein anerkannt.

Pufendorf, obs. T. II. obs. 10. §. 5.
Köchy, comm. de testam. vi metuve extorto §. 7.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 9. Medit. 459.
Westphal, von Testam. §. 30.
Schweppe, röm. P.-R. §. 789.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 644.
Walch, introd. in contr. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 18.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 454.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 426 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43 S. 489
Thibaut, System §. 949.

Andere machen einen Unterschied, ob der Betrug oder Zwang bei der Testamentshandlung selbst vorgegangen sei, oder vor der Errichtung des Testamentes. In jenem Falle sei das Testament ipso jure und also ganz ungiltig; im letztren Falle werde dem Zwingenden die Erbschaft als einem Unwürdigen vom Fiscus entrissen, und dieser müsse dann auch die Legate prästiren. Uebrigens finde gegen den Fiscus keine Regreßklage statt, wenn etwa die gesetzlichen Erben, die durch das erzwungene Testament um die ihnen gebührende Erbschaft wären gebracht worden, von demjenigen, welcher den Erblasser durch seine unerlaubte Handlung zur Testamentserrichtung vermochte, keine Entschädigung erhalten hätten.

Ant. Faber, de error. Pragm. dec. 38. err. 3. 4 u. 5.

Andere meinen, daß die Portion des in der erzwungenen Disposition Eingesetzten immer an den Fiscus falle. Denn das angebliche Princip der Gegner sei in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden, weil erzwungene Geschäfte regelmäßig nur rescissibel, keineswegs nichtig seien. In L. 2. §. 7 cit. sei, wenn man sie im Zusammenhang lese, nur davon die Rede, daß die Erbeinsetzung dann nichtig sein solle, wenn irrthümlich Jemand in dem Testamente als Erbe aufgeführt sei, den der Testator gar nicht im Sinne gehabt, woraus doch nicht folge, daß auch diejenige Erbeinsetzung ungiltig sei, auf welche der Testator zwar gezwungen, aber doch wirklich seine Absicht gerichtet habe. Der Satz der L. 20. §. 10 erkläre sich von selbst, da ein gezwungener Solennitätszeuge so gut wie kein Zeuge sei, und ein solches Testament, weil es an den Solennitäten fehle, sei natürlich nichtig. Ein Schluß auf unsern Fall sei nicht zulässig. Dagegen sei die L. 2. §. 2 D. si quis aliquem testari proh. 39, 6 für die diesseitige Ansicht ganz entscheidend: Si fidei ejus, qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet etc. Freilich könne diese Stelle den Worten nach sowohl von dem Falle verstanden werden, wenn der Fiduziar den Testator von einer Veränderung des Testaments abgehalten, als auch von dem andern Falle, wenn der Fiduziar den Testator zu einer Erbeinsetzung genöthigt hat. Die erstere Supposition sei aber unmöglich, weil dann nach dem Ausspruche desselben Paulus in L. 19 de his, quae ut indign. auch das Fideicommiß hätte zusammenfallen müssen. Offenbar könne aber Paulus nur an den Fall gedacht haben, wenn der Fiduziar den Testator zur Errichtung eines Testamentes gezwungen hätte, wofür noch angeführt werden könne, daß sonst in dem Contexte des Pandektentitels von dieser Art des Zwanges keine Rede wäre, während doch die Rubrik: si quis aliquem testari prohibuerit, vel „coegerit" auch darauf bezüglich sei. Da nun der Jurist diesen Fall mit klaren Worten dahin entscheide, daß der Fiscus an die Stelle des Zwingenden treten solle, so sei durch diese Stelle unmittelbar die hier vertheidigte Ansicht bewiesen.

Voet, Comm. ad P. 29. 6. §. 1.
Stavroth, Abh. v. Testam. §. 56. Nr. 3.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 337.
Puchta, Lehrb. §. 465. Not. e.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 431. Not. 1
Sintenis, Civilr. III. §. 171. Not. 53 b.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 918.

Andere meinen, daß aus dem allerdings nicht zu leugnenden Vorhandensein eines Indignitätsfalles noch nicht absolut das Eintreten des Fiscus folge, vergl. L. un. §. 12 C. 6, 51: Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniat. Diese aliae personae wären dann eben diejenigen, welche das Gesetz zu Erben berufen hätte, wenn der Erblasser nicht zu einem Testamente gezwungen wäre.

Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 9. Med. 459.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 537.

Hiernach müsse denn auch in dem Falle, wenn von mehrern Intestaterben Einer oder einige den Erblasser durch Zwang vermocht hätten, ihn oder sie allein einzusetzen, das Accrescenzrecht zu Gunsten der Uebrigen eintreten.

Kurrer, diss. de testam. coacto th. 33. pag. 45.
Lyoker, diss. d. bonis erept. §. 30.
Pufendorf, obs. T. 2. obs. 10. §. 6.
Glück, Intestaterbf. §. 30. S. 113.

II.

Streitig ist, ob ungestümes Zudringen und unablässiges Bitten, wodurch der Erblasser gegen seinen Willen zur Errichtung eines Testaments bestimmt wurde, einem Zwange gleichgeachtet werden müsse.

Einige bejahen dies, besonders bei Kranken, oder reizbaren Personen. Man beruft sich auf L. 3 D. 29, 6. L. 3 C. 6, 34 und auf die Praxis.

Glück, Pand. Bd. 33. S. 434.
Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 5. def. 9.
Wernher, sel. obs. for. T. I. P. II. obs. 408.
Leyser, sp. 375. med. 8.
Westphal, von Testam. § 31.
Hufeland, Lehrb. des gem. Civilr. Bd. 2. §. 1086. Not. 2.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 454.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 412.
Thibaut, System §. 951.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 920.

Andere meinen, wenn auch dergleichen Fälle vorkämen, daß durch Zudringlichkeit, fortwährendes Anliegen und Bestürmen eines Testators letztwillige Verfügungen erreicht würden, so lasse sich doch nicht annehmen, daß dergl. Verfügungen den erzwungenen gleichständen. Denn zwischen beiden Arten von Motiven lasse sich keine Gleichheit im rechtlichen Erfolge begründen.

Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 53 b. am E.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 1. S. 68.
Weber zu §. 442 des Höpfner'schen Comment.
Weber, Erläuter. der Pand. Th. 2. §. 1405.
Hommel, Rhapsod. obs. 428.

Andere meinen, die Beweisfrage werde hier unmögliche Schwierigkeiten begründen.

Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 539.

Präjudiz 1.

In den Entscheidungsgründen des Hof- und Appellationsgerichts zu Usingen, als der in zweiter Instanz erkennenden Behörde, wurde mit Bezugnahme auf

Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 3. §. 114.

ausgeführt, daß ein Testament nicht für erzwungen zu halten sei, und also als rechtsgiltig angesehen werden müße, wenn der Testator sich den ihn zur Testamentserrichtung drängenden Drohungen und Mißhandlungen entziehen konnte, dieses indeß nicht that, und lieber testirte.

Das OAG. trat dieser Ausführung bei.

Entsch. des OAG. zu Wiesbaden i. S. Kilemann und Kloth. v. 29. Nov. 1843.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 195.

Präjudiz 2.

Bloße Ueberredungen stehen der Giltigkeit einer testamentarischen Verfügung nicht im Wege, wenn nicht durch dieselben die Freiheit des Willens aufgehoben, also die Ueberredung eigentlich zum Zwange geworden war.

Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 5. §. 65.

Hagemann, prakt. Erört. Th. 4.

Erk. des LG. Wolfenbüttel i. S. Emmermann und Herbst, v. 22. April 1841.

III.

Streitig ist, ob Liebkosungen, Bitten und Schmeicheleien dem Zwange gleichzuachten seien.

Einige meinen, die L. 3 C. si quis aliquem testari prohib. 6, 34, indem daselbst ausgesprochen sei, judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum, beziehe sich nur auf Liebkosungen des Ehemanns, seine Ehefrau zu gewinnen, daß sie zu Gunsten des Mannes testire, und wenn es sogar auch zum Schelten, ja zu Schlägen komme, und die Frau aus Furcht vor dergleichen Behandlung zu Gunsten des Mannes testire, so sei solches nicht unerlaubt, wenn nur die Frau nicht unmittelbar bei der Errichtung des Testaments selbst mit Schlägen wäre behandelt worden.

Crell, obs. ad L. 3 D. si quis aliq. test. prohibet de sermone maritali cum uxor. test. fac. caus. (1739) Fasc. V. Nro. 40.

Quistorp, rechtl. Bemerk. Bd. 1. Nr. 9. S. 68.

Andere wollen zwar nicht soweit gehen, daß die Ehefrau solche Behandlung ihres Ehemanns sich müsse gefallen lassen, halten vielmehr dafür, daß eine Handlung, welche entweder durch directe Gewalt oder metus reverentialis veranlaßt werde, keine freiwillige sei, meinen auch, es komme gar nichts darauf an, ob der Zwang vor oder bei der Testamentserrichtung angewandt sei, nehmen jedoch an, daß maritalis sermo in L. 3 cit. das Testament nicht ungiltig mache, und verstehen darunter Schmeicheleien und Liebkosungen des Ehemanns. Allein sie läugnen, daß dergl. Schmeicheleien und Liebkosungen auch von andern Personen, welche in keinem ehelichen Verhältnisse zu einander stehen, angewendet werden dürften.

Reinoldus, varior. cap. 8. (in opusc. pag. 84.)

Funckler, diss. de testam., quod quis blanditiis condidit, invalido (1774).

Andere meinen, das eheliche Verhältniß komme dabei gar nicht in Betracht, vielmehr die Freiheit des Willens, einerlei ob Ehegatten oder dritte Personen dabei interessirt seien. Werde diese durch Bitten und Schmeicheleien nicht aufgehoben, so lasse sich auch gegen die Giltigkeit des Testaments nichts einwenden.

Stryk, de jure blanditiarum cap. 4.

Glück, Pand. Bd. 33. S. 439.

Andere meinen ganz allgemein, die durch Schmeicheleien oder offenbare Erbschleicherei herbeigeführten letztwilligen Verfügungen könnten nicht gleich erzwungenen angegriffen werden.

Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 53 b.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 431. Not. 1.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 920.

Präjudiz 1.

Ein Ehemann war von seiner Ehefrau wegen eines angeschuldigten Ehebruchs belangt, und die Entscheidung der Sache hing nur noch von der Ableistung eines der Ehefrau auferlegten Erfüllungseides ab. Hierzu kam es aber nicht. Die Eheleute verglichen sich außergerichtlich, und bestätigten ihre Vereinbarung noch mehr dadurch, daß sie ein gegenseitiges Testament errichteten, in welchem die Frau den Ehemann zum Erben einsetzte. Nach dem Tode der Ehefrau bestritten die Intestaterben derselben die Giltigkeit des Testaments aus mehrern Gründen, und so auch um deswillen, weil der Ehemann, in der Verlegenheit, worin er sich wegen des erkannten Erfüllungseides befunden, alle seine Freunde aufgefordert habe, die verstorbene Ehefrau durch Zuredungen und Versprechungen zu der Eingehung des Vergleichs und zur Errichtung des Testaments zu bewegen, welcher Zweck denn auch auf diese Weise erreicht sei. In dieser Sache „zum Felde und Kloster" wegen Erbschaft, wurde vom OAG. Celle am 17. Sept. 1803 der gegen die Giltigkeit des Testamentes gebrauchte Einwand für unerheblich gehalten. Denn „Bitten und Ueberredungen", welche ein Ehemann gegen seine Ehefrau anwendet, um diese zu einer für ihn günstigen Testamentserrichtung zu bewegen, enthalten nichts Unerlaubtes und der Giltigkeit der Disposition Nachtheiliges. arg. L. 22 D. de ritu nupt., wie denn auch diese Mittel durch die Gesetze L. 3 D. si quis aliquem testari prohib. L. 3 Cod. eod. ausdrücklich für zulässig erklärt werden.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4. Nr. 27.

IV.

Streitig ist, ob derjenige, welcher das Testament aus dem Grunde des Zwanges oder gefährlicher Ueberredung anfechten will, sich im Allgemeinen auf Zwang berufen, insbesondere auch sich zum Beweise ganz allgemein der Eidesdelation bedienen dürfe.

Einige meinen, von der Regel bestimmter Direction des Eides auf factische Momente sei in solchem Falle zu abstrahiren, weil den geheimen Künsten der Erbschleicherei, welche ihr Spiel nicht offen treibe, außerdem wohl nicht beizukommen wäre, und der Delat sich nicht beschweren könne, wenn er selbst zum Richter in eigner Sache gemacht werde. Auch spreche dafür die Analogie der Eidesdelation über ein Oraifideicommiß nach L. ult. C. de fideic.

Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 539.

Karff, merkw. Rechtssprüche Bd. 1. S. 108.

Andere meinen, wenn auch der Eidesantrag an sich zulässig sei, so könne der Eid doch nur auf besondere Thatsachen, welche Zwang oder Betrug zu erkennen geben, gerichtet werden. Dabei sei es auch gleichgiltig, ob der Erblasser im Testamente gesagt habe, daß dies Alles sein freier ungezwungener Wille sei; denn auch diese Clausel könne ja erzwungen sein.

Leyser, spec. 375. med. 36.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1405.

Bay, Abh. über verschied. Gegenst. des natürl. u. posit. Rechts Nr. 13.

Wernher, select. obs. for. T. 1. P. 1. obs. 132.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 439.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 920.

Andere meinen, auch Vermuthungen seien in Anschlag zu bringen, z. B. wenn der Testator selbst, mit Angabe aller näheren Thatumstände, versichere, daß er zu dem Testamente, welches er errichtet, auf eine unerlaubte Art genöthigt sei.

Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 5. def. 12.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1619 in f.

Präjudiz 1.

Kläger behaupten, daß die Ehefrau des Pferdehändlers Brandes von diesem zur Errichtung ihres am 4. Dec. 1839 gerichtlich niedergelegten und am 29. April 1840 eröffneten Testaments gezwungen worden sei, sind jedoch mit ihrem Antrage auf Rescission solchen Testaments in angebrachter Maße deßhalb zurückgewiesen, weil die Thatsachen, welche die Ausübung eines Zwanges enthalten haben sollen, nicht sofort angegeben worden.

Es ist indeß besonders in denjenigen Fällen, in welchen, wie in dem vorliegenden, ein behauptetes Recht nicht sowohl auf eine einzelne bestimmte Handlung, als vielmehr auf eine ganze Reihe von Handlungen gestützt werden kann, weder erforderlich noch thunlich, alle solche Begebenheiten, woraus die Begründung des Rechtes oder der Beweis seiner Existenz abgeleitet werden soll, schon jetzt im Klaglibelle speciell aufzuführen, sondern genügend, wenn dieses in der Beweisinstanz geschieht, da erst nach der Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Handlungen, nach der Art ihrer Vornahme, nach ihrer Beziehung zu einander, überhaupt nach dem Gesammtresultate der Beweisführung zu beurtheilen steht, ob ein rechtswidriger Zwang ausgeübt worden sei, oder aber nur eine andringliche Ermahnung (maritalis sermo)

L. 3 C. si quis aliquem testari prohib. 6, 34.
L. 3 D. eod. 29, 6.

stattgefunden habe. Sollte schon im Libelle die Angabe bestimmter Handlungen für nöthig erachtet werden, so würden auch lediglich die hier bezeichneten zum Beweise ausgestellt werden, und der Beweis von anderen gleichen Vorkommenheiten würde irrelevant sein, dadurch aber die Beweisführung, weil der Beweisführer im Voraus von dem Producte seiner Beweismittel, insbesondere von dem Inhalte der Zeugenaussagen keine genaue Kenntniß haben kann, übermäßig erschwert werden. Eine auf die Thatsache geschehener Ausübung des Zwanges behuf der Testamentserrichtung im Allgemeinen sich beziehende Fassung des Beweisthema beschränkt die Beklagten überall nicht in der ihnen zuständigen Gegenbeweisführung, zumal da bei der Beweisantretung die unmittelbar oder mittelbar auf den Beweissatz gerichteten Thatumstände anzugeben sind

Gesetz v. 23. Febr. 1837. Nr. 7. §. 17.
Verord. v. 13. Mai 1837. § 8

und Einiges hierüber schon in dem Antrage der Kläger vom 3. Juni 1843 vorgekommen ist.

Da jedoch die Einrede der Beklagten, daß die Wittwe Zimmer bei Empfangnahme der ihr bestimmten 3000 Thlr. allen weitern Ansprüchen an dem Nachlasse der Brandes'schen Ehefrau und allen möglichen Einwendungen gegen das Testament derselben entsagt habe, auf den Grund des abschriftlich producirten Notariatsdocuments vom 11. Mai 1840 von den Klägern als liquide anerkannt ist, so sind diese neben dem Beweise des Klagegrundes zugleich eine der Repliken, daß die Wittwe Zimmer zur Zeit ihrer Entsagung wegen geistiger Schwäche zu einer gehörig überlegten Willenserklärung nicht im Stande gewesen, oder daß sie dazu von dem Erblasser der Beklagten durch dolose Vorspielungen inducirt worden sei, alternativ nach Maßgabe der in dem angefochtenen Erkenntnisse enthaltenen Norm darzuthun schuldig.

Demzufolge wird erkannt,
daß pp. die Kläger zu beweisen haben:
daß die Brandes'sche Ehefrau von ihrem Ehemann zur Errichtung des fraglichen Testaments gezwungen worden sei,

dergestalt jedoch, daß Kläger neben diesem Beweise zugleich die eine oder andere der in dem erwähnten Erkenntnisse normirten Repliken darzuthun haben.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 22. Febr. 1846, in R.-S. Zimmer u. Cons. c. Brandes Erben.

Dieses Erk. wurde unterm 4. Dec. 1846 von dem OAG. lediglich bestätigt.

V.

Streitig ist, ob ein erzwungenes Testament durch Genehmigung giltig werde.

Einige meinen, da der Zwang nicht Ungiltigkeit der Verfügung begründe, sondern dem Fiscus nur ein Exceptionsrecht gebe, so sei eine Ratihabition erlaubt. Denn das Testament bestehe ja ipso jure zu Recht, der Mangel freier Einwilligung habe nur ein Grund werden können, die Wirkung eines an sich giltigen Testaments durch exceptio oder replica doli oder quod metus causa zu entkräften, und die im gemeinen Rechte anerkannte Regel, daß Ratihabition rückwirkende Kraft habe (L. 7 pr. C. ad SC. Maced. 4, 28. L. 25 C. de donat. int. vir. et uxor. 5, 16), würde hier zur Anwendung kommen. Außerdem würde, wenigstens nach Analogie der Verträge, diese Ansicht durch Gesetze L. 2 u. L. 4 C. de his quae vi 2, 20 unterstützt.

Leyser, spec. 376. not. 18.
Weber, Erläut. der Pand. nach Hellfeld 29. 5.
Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 53 b.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 224.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 920.

Andere meinen, da ein erzwungenes Testament ipso jure nichtig sei, so sei nachfolgende Genehmigung wirkungslos. Denn bei förmlichen Rechtsgeschäften müsse Alles, was zu ihrem Wesen gehört, nothwendiger Weise gleich zu Anfang vorhanden gewesen sein; durch die bloße hinterher erfolgte Genehmigung könne es daher nicht convalesciren, gesetzt auch, die Handlung wäre in der Form erfolgt, welche das Gesetz vorschreibe.

Wernher, lectiss. comment. ad P. 29. 5. §. 2. pag. 754.
Müller ad Leyser. obs. 585.

Andere meinen, jene verschiedenen Ansichten hätten ihre Grundlage in den verschiedenen Theorien, welche überhaupt bei der zwangsweisen Errichtung von Testamenten beständen (cf. Contr. 1). Möge man der einen oder der andern Ansicht huldigen, Cautel sei es in jedem Falle, daß der Testirer, welcher die erzwungene Testamentshandlung genehmigen wolle, aufs Neue die Form beobachte, L. 48 D. d. reg. jur.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 491.
Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 9.

VI.

Streitig ist, ob die Folgen des unerlaubten Zwanges von den Folgen des Betrugs unterschieden seien.

Einige unterscheiden überhaupt nicht die Folgen des dolus und des unerlaubten Zwanges, stellen vielmehr beide zusammen, ohne einmal zu untersuchen, ob sich zwischen ihnen eine Verschiedenheit der Wirkungen finde oder nicht. Die Folge davon ist, daß bei doloser Verhinderung der Disposition der dadurch bezweckte Vor-

theil entweder dem Fiscus zufällt, oder wenn man der Ansicht der völligen Nichtigkeit der Disposition folgt (s. Contr. 1), daß die Disposition bloß als nichtig wegfalle. Vergl. L. 1. §. 1 u. 2. L. 2 pr. u. §. 2 D. si quis aliquem test. 29, 5. L. 3 D. eod.

Glück's Pand. Bd. 33. S. 426.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 492.
Thibaut, System §. 949.

Andere unterscheiden, und nehmen an, die durch Zwang erfolgte Disposition sei nichtig, dagegen sei die durch Betrug veranlaßte Disposition giltig, jedoch könne sie, wenn sie zum Vortheil des Betrügers selbst gereiche, von dem Benachtheiligten durch die exceptio doli (actio doli) entkräftet werden; wenn sie aber zum Vortheil eines unschuldigen Dritten diene, so falle sie als nichtig weg, wenn sich beweisen lasse, daß der Betrug auch die causa der Disposition sei. Lasse sich dies nicht beweisen, so könne der Betheiligte weiter nichts machen, als seinen Regreß gegen den Betrüger nehmen; denn gegen den unschuldigen Eingesetzten könne er nicht klagen.

Schweppe, röm. P.-R. §. 789.

Andere nehmen an, es trete zwar die nämliche Wirkung, wie sie der Zwang erzeuge, auch beim dolus ein, wenn der Erblasser durch dolus von der Errichtung oder Veränderung eines Testaments abgehalten sei, wogegen, wenn dadurch die Disposition veranlaßt wurde, dieselbe null und nichtig wäre, indem hierdurch ein wesentlicher Irrthum bei dem Testirer erzeugt werde, mithin das Testament schon ex capite erroris nichtig sein müsse.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 431. Not. 3.
Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 57 u. 58.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 643.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 921.

Andere wollen auch in dem zweiten Falle, wenn nämlich der Testator durch Betrug zu einer letztwilligen Disposition bewogen wurde, dem Betrüger die Erbschaft als einem Unwürdigen entreißen, und den Fiscus eintreten lassen.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 345.

VII.

Ueber die Frage, welchen Einfluß ein Rechtsirrthum von Seiten des Erblassers auf ein Legat habe, handelt das nachstehende Erkenntniß.

Präjudiz 1.

Die Unterscheidung zwischen factischem Irrthum und Rechtsirrthum leidet auf die Anfechtung der Legate keine Anwendung, weil dieselbe auf dem hier durchaus nicht anwendbaren Grundsatze beruht, daß kein auf eigener Nachlässigkeit beruhender Irrthum dem Irrenden zu gute kommen soll.

Legate sollen ungiltig sein, sobald erwiesen werden kann, daß des Erblassers Wille durch einen Irrthum hervorgerufen ist, und ohne diesen Irrthum nicht vorhanden gewesen sein würde. Dabei muß es aber gleichgiltig sein, ob der Erblasser seinen Irrthum leicht erkennen konnte oder nicht; von einem Irrthum, welcher, wie regelmäßig der Rechtsirrthum, wegen eigener Schuld des Irrenden nicht berücksichtigt wird, kann überall nur da die Rede sein, wo jemand für seine Schuld verantwortlich ist, unter Lebenden, nicht bei letzten Willenshandlungen.

Erk. des OAG. zu Oldenburg vom 16. Dec. 1852, i. S. Kleinert w. Harms.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 73.

Bonorum possessio.

Koch, bonorum possessio; literarisches Testament, nebst Commentar, Revision und Codizill. 1799.
Hugo, de bonorum possessione. 1798.
v. Löhr in s. und Grolmann's Magazin Bd. 3. Abh. 8. Bd. 4. Abh. 20.
Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonor. possessio.

Leist, historia bonor. poss. sec. tab. (1841).
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 279 u. 306.
Leist, Untersuchungen über die bonor. poss.

I.

Streitig ist der geschichtliche Ursprung der bonorum possessio.

Einige schreiben sie dem jus gentium zu und betrachten sie als ein Institut, welches den Römern erst durch die Bekanntschaft mit den Nachbarländern bekannt, und später in Rom, durch das prätorische Edict, anerkannt worden sei.

Hugo, Rechtsgesch. II. S. 258.

Andere nehmen an, daß die bon. poss. ursprünglich nur auf den Besitz der Erbschaftsmasse, als Thatsache, sich bezogen, mit den in bona missiones rei servandae causa in Verbindung gestanden habe und nur deshalb eingeführt sei, um die letzteren soviel als möglich zu verhüten.

Hugo, Lehrb. des röm. Rechts S. 551 f. der 11. Ausg.

Andere meinen, in der Einführung dieses Institutes habe Anfangs nur eine Begünstigung des heres gelegen, um ihn schleunig in den Besitz der einzelnen Erbschaftssachen zu setzen, und somit zu verhindern, daß ein Fremder dieselben durch Verjährung erwerbe. Ursprünglich habe sie nur den Charakter der in bona missiones gehabt, und erst späterhin sei sie durch ein Decret des Prätors auch anderen, nahe verbundenen Personen ertheilt worden, wenn der Erblasser ohne heres verstorben war. Daran habe sich die Ertheilung der actiones utiles geknüpft.

Löhr in Grolmann's Magazin Bd. 3. S. 255 f.

Andere erblicken in den Anfängen der bon. poss. eine Successionsform der vornehmen Römer in die possessiones, d. h. in die den Patriziern gegen Erlegung des Zehntens an die Staatscasse zur Bebauung, Besitzung und Benutzung überlassenen Theile des ager publicus populi Romani.

Niebuhr, röm. Rechtsgesch. Bd. 2. S. 173.

Andere setzen ihren Ursprung mit dem gerichtlichen Verfahren bei der hered. petitio in Verbindung, und machen aus derselben eine provisorische Verfügung des den Prozeß leitenden Prätors, wodurch der Besitzstand derer, welche die Erbschaft beanspruchen, bis zum Austrage der Hauptsache regulirt worden sei.

Dernburg, Beiträge zur Geschichte der röm. Testam. S. 191 f.
Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonor. poss. S. 17.
Francke, Notherbenrecht S. 97.
v. Vangerow, Pand. §. 398.

Andere knüpfen die Einführung der bon. poss. an die usucapio pro herede an. Dieselbe sei durch den gehässigen Charakter, den die usucapio pro herede angenommen, veranlaßt worden, wodurch der Nachlaß den würdigsten Competenten entzogen und so sehr zersplittert sei, daß die einheitliche Idee der bona darüber fast ganz verloren gegangen, und auch der ursprüngliche Zweck der usucapio pro herede, für Götter und Creditoren einen baldigen Nachfolger zu liefern, verfehlt sei. Dieser Zustand der Dinge habe den Prätor zu einer Intervention auffordern müssen, und so habe er denn in den Edicten über bon. poss. ursprünglich nur seine Hilfe für das schon längst bestehende bona possidere angeboten, wobei ihn der zweifache Gesichtspunkt geleitet habe, einmal, daß die einheitliche Natur der bona festgehalten, und zweitens, daß beim Streit der Competenten über die Erbschaft nur die Würdigsten zu der vom Prätor autorisirten Besitznahme zugelassen würden.

Huschke in der Recension der Schrift von Fabricius in Richter's krit. Jahrb. 1839. S. 11 f.

Andere meinen, die bon. poss. habe sich ursprünglich und lange Zeit, d. h. bis tief in die Kaiserzeit hinein, wie die possessio, später wie die conditio usucapiendi, zum dominium verhalten; ihre Tendenz sei im Allgemeinen die, rasch einen interimistischen Herrn der bona herzustellen, ohne der definitiven Entscheidung über das Erbrecht vorzugreifen, und zwar diejenige Person als solchen anzuerkennen, und ihr die einfache Ausübung (possessio) des jus heredis (bonorum) zu übertragen, welche mit Rücksicht auf Gesetz und Umstände aller Wahrscheinlichkeit nach Erbe war. Der Prätor, der Schöpfer dieses Instituts, wäre dazu ursprünglich aus religiösen Gründen bewogen, nämlich um der sacra der Familien willen, sodann dadurch, daß den Gläubigern möglichst bald ein Repräsentant des Erblassers gestellt werde. Obwohl er nun hierbei auf die auch nach Civilrecht zur Erbschaft gerufenen Personen vorzugsweise Rücksicht genommen, so daß also die bon. poss. auch von den heredes benutzt werden konnte, so sei ihm doch hiermit zugleich eine fruchtbare Gelegenheit zur Ausbildung und Vervollständigung des bei der geringen Zahl der legitimi heredes sehr mangelhaften und schroffen ältern röm. Erbrechts und zur Berücksichtigung aller bei dem Erbrecht vorkommenden Interessen geboten, die er denn auch, von der öffentlichen Meinung getragen, fleißig benutzt und eine selbständige Ordnung der Berufung mit Klassen aufgestellt habe.

Leist, bon. poss. Bd. 2. 2. S. 163 f. Bd. 1. S. 396 f.
Sintenis, Civilr. §. 193. Not. 1.

II.

Streitig ist, wie nach heutigem Recht das Verhältniß der bonorum possessio zur hereditas aufzufassen sei.

Die meisten, namentlich ältern Rechtslehrer meinen, daß durch die neuere Justinianische Gesetzgebung die bon. poss. nicht aufgehoben sei; sie bestehe mithin als selbständiges Rechtsinstitut neben der hereditas fort. Diese Ansicht werde auch dadurch nicht widerlegt, daß die Grundsätze der civilrechtlichen Erbfolge im neuesten römischen Rechte verändert, und zum Theil nach denen, welche in der bon. poss. galten, umgebildet seien. Denn man brauche nur beide Institute auseinander zu halten, um die Verschiedenheiten derselben und die Eigenthümlichkeiten eines jeden, auch im neuesten Rechte, ausgeprägt zu erblicken. Besonders wichtig aber erscheine das Institut der bon. poss. in Bezug auf die Personen, welche nach dem Civilrechte kein Erbrecht haben, wohl aber einen Anspruch auf die Erbschaft durch bon. poss. realisiren könnten, z. B. der überlebende Ehegatte u. s. w.

In den Basiliken (lib. 40. tit. 1—9) sei die bon. poss. als praktisch giltiges Institut anerkannt, und auch dieses deute auf ihr Fortbestehen im Justinianischen Rechte.

Glück, Intestaterbf. §. 91.
Hugo, Geschichte des röm. R. §. 219.
Koch, bon. poss. p. 343 sq.
Löhr in f. Magazin Th. 3. S. 333 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 335.

Andere meinen, darüber, wie die Lehre und das System der bon. poss. in Deutschland aufzufassen sei, hätten seit den ältesten Zeiten die Ansichten sehr geschwankt. Nur über die in Eins verwachsenen Rechtsmittel, das interdictum quorum bonorum und die missio Hadriani, die durch ein ganz entschiedenes Gewohnheitsrecht schon seit den Glossatoren neues Leben gewonnen, sei man darin einverstanden, daß diese Besitzklagen für den bon. possessor und für den heres gemeinschaftlich und von allen Agnitionsregeln und denen des prätorischen Edicts befreit seien. Für die bon. poss. habe sich seit dem 16. Jahrh. das Rechtsbewußtsein festgestellt, daß die eigenthümlichen prätor. Delations- und Antretungsregeln bei ihr unanwendbar seien, und alle Erbklassen unter denen der aditio und pro herede gestio stehen; doch habe es nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche der bon. poss., als einem noch im Corp. jur. vorhandenen System, ein Scheinleben zu retten versucht hätten. Eigentlich sei jene Ueberzeugung im Widerspruch mit dieser letztern, früher allgemein als richtig anerkannten, Voraussetzung entstanden, und so sei das deutsche Gewohnheitsrecht auf ganz selbstständigem Wege zur Abstreifung aller Eigenthümlichkeiten des prätorischen Erbrechts und somit fast zur völligen Uebereinstimmung mit dem Inhalt des Justinianischen Rechts gelangt. — Sonach hätten alle aus dem prätorischen Rechte herrührenden Institute, welche noch heut zu Tage definitive oder interimistische Ansprüche auf eine Erbschaft gewähren, ihre äußere Gestalt verändert. Die Fälle der bon. poss. sec. tabul. und die bon. poss. unde vir et uxor seien civilrechtliche Delationsgründe geworden, ohne daß eine richterliche Mitwirkung nöthig sei; bei den interimistischen Einweisungen des furiosus und impubes komme sie noch, aber nur als gewöhnliche Immission vor. Das interd. quorum bonor. sei mit der missio Hadriani in das Institut des Einsatzes verschmolzen. Unmittelbare und ganz unveränderte Ueberreste der bon. poss. aus dem römischen Rechte gebe es aber heut zu Tage überhaupt nicht mehr.

Leist, bon. poss. II. 2. S. 163 f. Bd. 1. S. 396 f.
Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 1.

III.

Streitig ist, ob nach neuerem römischen Rechte bei der bonorum possessio noch die Agnition, insbesondere auch mit ihren Fristen bestehe oder aufgehoben sei.

Die Meisten nehmen an, daß die bon. poss. durch die neueren Gesetze Justinian's nicht aufgehoben oder verändert sei; sie bestehe vielmehr als selbständiges Rechtsinstitut neben der hereditas fort. Die Fristen zur Agnition für Eltern und Kinder betragen danach ein Jahr, für alle Andern 100 Tage, und würden solche utiliter berechnet.

Koch, bon. poss. p. 343.
Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 333—358.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 335.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 619.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 429.
Höpfner, Institut. §. 665.
Glück, Intestaterbf. S. 374 f.
Thibaut, System §. 716.

Andere meinen, es habe eine wirkliche Verschmelzung und ein gegenseitiges Sichdurcheinanderbringen und Ineinanderaufgehen der hereditas und bonorum possessio nach Justinianischem Rechte stattgefunden; namentlich sei in den Institutionen keine Spur einer erforderlichen Agnition für die prätorischen Erbklassen zu finden, und es lasse sich auch nicht wohl begreifen, wie bei der darin angeordneten Succession der Klassen auf einander, die Zeitfristen des successor. Edicti zur Anwendung kommen könnten; auch werde im Codextitel de jure deliberandi et de adeunda hereditate des Justinianischen Rechts, besonders im Gegensatz zu den Constitutionen älterer Kaiser, von dem Erbantritt in einer Weise gesprochen, wonach die Agnition nicht mehr als etwas Besonderes, die aditio und pro herede gestio vielmehr als das ganz Allgemeine, auch für die den prätorischen Erbklassen angehörigen Personen, erscheine. Wenn dabei die Agnition mit ihren Fristen nicht aufgehoben, sondern allgemein praktisch forterhalten worden sei, so sei solches daraus zu erklären, daß Justinian das possessorische Element der bon. poss. und mit Rücksicht darauf das interd. quor. bonor. in der Gestalt habe bestehen lassen, die es in der Periode vor ihm erhalten hatte, daß nach seiner Meinung dazu die Agnition nach wie vor erforderlich bleiben, und für die bonorum possessio Carboniana, ventris und furiosi nomine, wie früher die Erbittung beim Richter fortbestehen sollte. In den Novellen endlich werde die bonorum possessio gar nicht mehr erwähnt.

Leist, bonor. possess. Bd. 1. S. 396 f. Bd. 2. S. 163 f.
Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 1.

Präjudiz 1.

In einem zur Entscheidung in oberster Instanz gelangten Rechtsstreite, in welchem eine Wittwe, die in behaupteter gänzlicher Ermangelung von Blutsverwandten ihres verstorbenen Ehemannes als dessen Erbin auftrat, eine Forderung desselben ausklagte, war über die Voraussetzungen dieses Erbschaftserwerbes zu erkennen, indem vom Verklagten bestritten wurde, daß den gesetzlichen Erfordernissen genügt worden sei.

Der oberste Gerichtshof kam hierüber zu folgender Entscheidung:

Eine vermöge prätorischen Rechts zugefallene Erbschaft wird nur dann erworben, wenn der Berufene binnen der gesetzlichen Frist, welche bei der Succession der Ehegatten auf 100 Tage bestimmt ist, seine Absicht, Erbe werden zu wollen, vor Gericht ausdrücklich oder durch concludente Handlungen zu erkennen gibt.

Da nun ein allgemeiner deutscher Gerichtsgebrauch, wornach dieses Erforderniß wegfiele, nicht angenommen werden kann,

Höpfner, Commentar §. 665. Not. 1.
Thibaut, System §. 716 u. 1044.

Glück, Intestaterbfolge (2. Aufl.) S. 374. 375. Not. 59 u. S. 381 (der sogar einen entgegengesetzten Gerichtsgebrauch behauptet).
die Klägerin aber, wie aus der von ihr abgegebenen Erklärung zu entnehmen ist, die erwähnte gesetzliche Vorschrift nicht befolgt hat, so kann sie ein präterisches Gebrecht nicht mehr in Anspruch nehmen.
Erk. des OAG. zu Cassel v. 13. März 1834.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 313.

Präjudiz 2.

Es ist nach Gewohnheit und Gerichtsgebrauch ausgemacht, daß es einer vorgängigen agnitio einer bonorum possessio nicht bedarf, sondern die einfache Nachweisung eines verwandtschaftlichen Verhältnisses genügt, wodurch ein Intestaterbrecht begründet wird.
Schmidt, von Klagen und Einreden §. 593 u. Not. 5.
Thibaut, Pand. §. 895.
Göschen, Vorles. §. 995 a. E.
Puchta, Vorles. §. 519.
Seuffert, prakt. Pand.-R. §. 583.
Die Cumulation des fraglichen Interdicts mit dem petitorium ist nach heutigem Rechte unbedenklich, und hat nur die Folge, daß das erstere ebenfalls im Wege des ordentlichen Processes verhandelt wird.
Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20. Sept. 1852, i. S. Benns w. Piper.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 71.

IV.

Streitig ist, was die bonorum possessio litis ordinandae gratia eigentlich sei.

Einige meinen, so heiße diejenige bon. poss., welche bei der Vorbereitung der inofficiosi querela allen non sui heredes ertheilt werden mußte, damit sie die bezeichnete Klage mit Wirkung anstellen konnten. (L. 6. §. ult. L. 7. L. 8 pr. D. de inoff. test.)
Averanius, interpret. jur. lib. 1. cap. 8.
Koch, bonor. poss. §. 10
Glück, Intestaterbf. §. 96.

Andere meinen, sie sei eine vorläufige oder interimistische bon. poss., welche demjenigen, der die querela inoff. test. anstellen wollte, seit der Zeit, als diese als Klage anerkannt worden, vor dem Ausgange des Prozesses ertheilt werden konnte, damit er sich den Besitz der Erbschaft aneignen könne.
Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkung. S. 212. Not. 585.

V.

Streitig ist, ob diese bonorum possessio Besitz verschaffe.

Dies leugnet wegen L. 2 C. de inoff. test.
Glück, Intestaterbf. §. 96.
im Widerspruch mit
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 336.

VI.

Streitig ist, ob zum Erwerbe der bonorum possessio auch eine außergerichtliche Erklärung genüge.

Vergl. hierüber
Koch, bon. poss. p. 66.
Löhr in f. u. Grolmann's Magazin Bd. 3. S. 228. Not. 3 u. S. 286.

VII.

Streitig ist, welche Fälle zur bonorum possessio decretalis zu rechnen seien.

Vergl. hierüber
Koch, bon. poss. Bd. 2. S. 75—83.
Löhr in f. Magazin Bd. 2. S. 437—450.
Glück, Intestaterbf. §. 89.

VIII.

Ueber bonorum possessio ordinaria und extraordinaria

fiehe
Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 234 f.

IX.

Ueber die Rangordnung der verschiedenen bonorum possessiones

fiehe
Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. S. 25 f.
Huschke in den krit. Jahrb. für d. Rechtsw. Jahrg. 3. S. 17 f.
Förster, de contra tab. bon. poss. p. 310.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 316 f.
Francke, Notherbenrecht S. 103 f.
Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 309 f.

X.

Ueber die verschiedenen Grade der bonorum possessio ab intestato

fiehe
Glück, Intestaterbf. §. 93 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 326 f.

Bonorum possessio contra tabulas, f. Notherbenrecht D. Wirkungen c. 6. 7. 9. 10.
— — decretalis, f. Missio ventris nomine c. 1; desgl. Missio Carboniana c. 1; Missio in bona.
— — furiosi nomine, f. Erwerb des Erbrechts c. 9; desgl. Missio in bona furiosi nomine c. 1.
— — f. auch interdictum quorum bonorum c. 2; desgl. Erwerb des Erbrechts c. 9.

Braut, deren Succession in das Vermögen des Bräutigams, f. Intestaterbrecht der armen Wittwen c. 2.

Brautgeschenke, deren Collation, f. Collationspflicht c. 13.

Brautkinder, deren Erbrecht, f. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 13.
— — Succession des Vaters in deren Vermögen, f. Intestaterbfolge, zweite Klasse c. 6.

Brüder, als Testamentszeugen, f. Privattestamente c. 7.

C.

Capitalien, ob solche zu dem ususfructus oder zum quasi ususfructus gerechnet werden, s. Legat dinglicher, das Eigenthum beschränkender Sachen c. 4.

Capitalstrafen, Einfluß auf die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, s. testamenti factio activa c. 2.

Captatorische Einsetzungen, s. Testamente, deren Inhalt c. 6 u. 7.

Casus, ob der malae fidei possessor dafür hafte, s. hereditatis petitio c. 6.

Casus voluntatis — impotentiae, s. substitutio vulgaris c. 1.

Cautela Socini.

I.

Streitig ist, ob die cautela Socini bei einer den Pflichttheil beschwerenden Disposition stets beigefügt sein muß, oder ob sie auch stillschweigend als beigefügt zu betrachten sei.

Einige meinen, bei jeder Disposition, wo der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten mehr, als sein Pflichttheil beträgt, mit Beschränkungen oder Bedingungen hinterläßt, sei die cautela Socini als stillschweigend beigefügt zu betrachten.

Ayrer, diss. de jure parentum legitimam liberorum bona mente servandi §. 23.

Andere meinen, es müsse ausdrücklich vom Erblasser bestimmt sein, daß dem Berechtigten sein Pflichttheil unbeschwert hinterlassen werde, und er auf den Fall, daß er eine Beschwerde auf demselben dulden wolle, noch außerdem bedacht werde. Denn theils dürfe die Socinische Cautel als etwas Außerordentliches nicht vermuthet werden, theils bestehe die Wirkung der Cautel gerade darin, daß der Notherbe, wenn er sich der Pflichttheilsbeschränkung nicht unterwerfen wolle, weiter nichts als den Pflichttheil bekomme, die übrige Verlassenschaft aber **sogleich** an einen Anderen, den directen Erben falle; wohingegen, wenn die Cautel fehle, die Auflage, so weit sie den Pflichttheil treffe, ungiltig sei, ohne daß der Berechtigte durch die Anfechtung derselben das ihm mehr Hinterlassene verlieren würde. Nov. 18. c. 3. L. 32 C. de inoff. test.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 89.
Koch, über die Socinische Cautel §. 10.
Francke, Notherbenrecht S. 250.

II.

Streitig ist, ob der Erblasser mittelst der Socinischen Cautel Verfügungen treffen dürfe, bei welchen der eigentliche Betrag des Pflichttheils nicht mit Zuverlässigkeit zu bestimmen sein würde; z. B. der Testator setzt den Notherben zu einer bestimmten Summe oder Sache zum Erben ein, und verbietet, unter angehängter Socinischer Cautel den Miterben die Inventur oder eidliche Manifestation des Nachlasses.

Einige halten dieses für zuläßig, gestützt auf L. 32. L. 36 pr. §. 1 C. 3, 28.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 711.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 136.

Andere meinen, hier sei die Cautel gesetzwidrig, und das Verbot des Testirers dergestalt unwirksam, daß die Erbeinsetzung des Notherben nicht auf den Pflichttheil einzuschränken sei, wenn derselbe auf die Inventur und eidliche Specification dringen und sich ergeben sollte, daß demselben wirklich mehr, als sein Pflichttheil betrage, hinterlassen sei.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 90 und die Not. 22 das. allegirten Schriftsteller.
Hommel, Rhapsod. 1. 31.
Kind, quaest. for. 1. 99.
Francke, Notherbenrecht S. 249.

Andere meinen, in solchem Falle sei es zuläßig, das Testament durch eine übergebene imploratio officii judicis dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, um zu bestimmen, ob die Bestimmung des Erblassers hart und unbillig sei, und ob der Notherbe davon abgehen könne oder sich dem Willen des Erblassers zu unterwerfen habe.

Krell, diss. de cautela Socini §. 10.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 1. Bem. 86.

Andere erinnern hiergegen, daß das richterliche Ermessen über die letzte Willensordnung sich nicht weiter erstrecken könne, als es die Aufrechthaltung des gesetzlichen Pflichttheils leide; dieser sei aber ohnedies durch die Socinische Cautel in soweit gesichert, daß, wenn der Notherbe sich damit begnügen wolle, er solches ohne die gerichtliche Imploration thun könne; was ihm aber über den Pflichttheil hinaus zugesichert sei, könne ihm der Richter von Amtswegen nicht zuerkennen, wenn er sich die damit verbundene Beschwerde nicht gefallen lassen wollte.

Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. 3. Resp. 204. Nr. 9.

Präjudiz 1.

Die Verordnung eines Testirers, daß der mit einer gewissen Sache bedachte Notherbe für den Fall, daß er auf einer Erforschung des übrigen Nachlaßbetrages bestehen würde, auf den Pflichttheil beschränkt sein solle, kann als ungiltig nicht betrachtet werden. Denn die — freilich von mehreren Rechtslehrern aufgestellte — Ansicht, daß eine solche Verfügung deshalb unwirksam sei, weil sie eine Gefährdung des Pflichttheils enthalte, hat keine zureichenden Gründe für sich. Dieselbe läßt sich nämlich weder aus dem gesetzlichen Verbote herleiten, daß auf den Pflichttheil keine Beschwerung gelegt werden darf,

Const. 32. 36. §. 1 de inoff. testam. 3, 28.

da hievon in jenem Falle nicht die Rede ist, wo der Pflichttheil selbst, wenn der dazu Berechtigte nur diesen und nicht mehr verlangt, ganz unbeschwert gelassen wird, noch auch aus dem allgemeinen Satze, daß das Recht auf den Pflichttheil nicht durch testamentarische Verordnungen gefährdet werden dürfe. Denn dieser Satz ist gesetzlich nur in der Maße begründet, daß der Testator selbst durch seine directen Verfügungen das Recht auf den Pflichttheil nicht verletzen darf: hier aber wird es in die eigene Wahl des Pflichttheilsberechtigten gestellt, ob er, um

nicht einen möglichen Gewinn zu verlieren — worauf er gar kein Recht hat, sondern der eine freie Liberalität des Testators ist, — sich einem möglichen Verluste an seinem Pflichttheil unterwerfen, oder ob er lieber seinen Pflichttheil gewiß und sicher, dann aber ohne weiteren Gewinn haben will. Die Gefährdung besteht also nur darin, daß er in die Lage gesetzt wird, durch seine eigene Wahl, weil er einen möglichen Gewinn nicht fahren lassen will, vielleicht einen Theil seiner Legitima einzubüßen, und in einer solchen Verordnung liegt nichts Unerlaubtes und Gesetzwidriges, da nach

C. 35. §. 1. 2 de inoff. testam.

Verzichte auf den Pflichttheil nach angefallener Erbschaft völlig statthaft sind; und in jener Wahl nichts weiter als ein eventueller Verzicht auf einen Theil der Legitima enthalten ist.

Hommel, Rhapsod. quaest. t. obs. 31.
Koch, über die Socinische Cautel S. 38. 39.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 15. Januar 1842, in der Frankfurter Sache F. v. Wessemberg-Ampfringen Ehefrau c. v. Leonhardi Kinder.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 165.

III.

Streitig ist, ob die cautela Socini auch in Codizillen angeordnet werden könne.

Einige meinen, nur in Testamenten könne die Cautel giltig angeordnet werden, weil sie stets einen bedingten Widerruf der Erbeinsetzung enthalte.

Setels, diss. de jure circa cautelam Socini §. 15.

Andere meinen, allerdings könne die Cautel auch in einem Codizill geschehen, insofern deren Anordnung nicht unmittelbar mit einer Erbeinsetzung oder der Zurücknahme einer solchen in Verbindung steht.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 137.

Andere meinen, es sei denkbar, daß der Erblasser auch in Codizillen dem Pflichttheilsberechtigten auferlegen dürfe, bei seinem Tode die Erbschaft einem Dritten, mit Einschluß des Pflichttheils, herauszugeben, oder falls er diese Beschwerde nicht übernehmen wollte, ihm die übrige Erbschaft, mit Ausnahme des Pflichttheils, zu restituiren.

Francke, Notherbenrecht S. 250.

Cautio, bei bedingter Erbeinsetzung, s. Erbeinsetzung c. 5.

Cautio fideicommissaria, s. Universalfideicommiß c. 6 und 7.

Cautio legatorum servandorum causa.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 307.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 9. S. 127 f.

I.

Streitig ist, ob die wegen verweigerter cautio legator. serv. causa begründete missio in rem auch nach neuerem Rechte stattfinde.

Einige meinen, diese Mission sei durch Justinian aufgehoben, weil der Kaiser öfter erwähne, daß er die bei Fideicommissen vorkommende in rem missio abgeschafft habe, L. 1. L. 3. §. 2 C. comm. de leg. et fid. 6, 93, und sei solche Mission auch wegen des allgemein gestatteten Pfandrechts, L. 3 cit., jetzt überflüssig, cfr. Nov. 39 praef.

Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 195 und im civ. Archiv Bd. 5. S. 208. Not. 3.

Einige meinen, jene Annahme sei schon aus äußeren Gründen bedenklich; denn die Aufnahme so vieler Stellen, ja eines besonders umfassenden Pandektentitels lasse sich damit schwer vereinigen; auch habe Justinian in L. 1 C. cit. die Rechtsmittel der Vermächtnißnehmer vermehren, nicht vermindern wollen, und endlich habe Justinian überall, wo er des von ihm aufgehobenen Rechtsmittels Erwähnung thue, den Ausdruck in rem missio gebraucht, während die in den Pandekten vorkommenden Missionen missiones in bona seien, und als solche dort auch immer aufgeführt würden; auch paßten die Schilderungen, welche der Kaiser in der L. 3. §. 2 C. cit. von der aufgehobenen in rem missio gebe, nicht auf die in den Pandekten vorkommenden missiones in bona. Es müsse deshalb ein anderes Institut des älteren Rechts gewesen sein, welches Justinian aufgehoben habe. Vergl. Pauli sent. recept. IV. 1. §. 15.

A. Schulting, jurispr. Antejust. ad Paulum not. 43. p. 389.
Cujacius ad eundem not. 47.
Westphal, Pfandrecht §. 98. Not. 118.
Glück, Pand. Bd. 19. S. 166.
Falseckar, de exaaquant. legat. et fid. §. 28 u. 29
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 306.
v. Vangerow, Pand. §. 532.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 516.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 307. Not. 237.

II.

Streitig ist, welches die Wirkung der missio in bona sei.

Einige meinen, wenn die Besitzeseinweisung in die Erbschaftsgüter ohne Erfolg geblieben und nach sechs Monaten die verlangte Caution nicht geleistet sei, so werde eine zweite Immission in die übrigen eigenen Güter des Onerirten zugelassen, sog. missio Antoniniana.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 739. Not. 3.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 510.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Ausg. 4. §. 523.

Andere meinen, diese Besitzeseinweisung sei nach Inhalt der Gesetze von ganz anderer Beschaffenheit und auch da zuläßig, wo obige Cautionsleistung erlassen sei. Sie solle nämlich stattfinden, wenn der Verpflichtete, nachdem er schon bei dem competenten Richter belangt worden, noch sechs Monate lang mit der Auszahlung des Vermächtnisses widerrechtlich zögere; dann solle der Vermächtnißnehmer den Besitz des Vermögens des Onerirten erhalten, um sich durch den Fruchtgenuß allmälig, so weit wie möglich, bezahlt zu machen.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 127 f.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Ausg. 5. §. 523.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 309.

III.

Die Caution muß geleistet werden, wenn, unter andern, das Legat wegen einer Bedingung nicht sofort entrichtet zu werden braucht.

Streitig ist, ob, wenn das Vermächtniß unter einer Potestativbedingung hinterlassen war, die Caution wegfalle.

Einige bejahen dies, weil dann der Vermächtnißnehmer es ja in seiner Gewalt habe, diesen Aufschub zu beseitigen. L. 1. §. 11 D. 36, 3.

Voet ad tit. 36. 3. §. 1.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 515.

Andere verneinen dies; denn es lasse sich nach der Natur der Sache nicht behaupten, daß der Legatar, wenn es ihm angemessen scheine, mit der Erfüllung der Bedingung noch zu zögern, deshalb auf die Sicherheit verzichten müsse, die sonst für bedingte Vermächtnisse gefordert werden könne. Die L. 1. §. 11 cit. gebe für die Gegenansicht keinen Anhaltspunkt; sie bespreche den Fall, wenn dem Legatar der Gegenstand des Vermächtnisses im Fall des Verlustes oder der Verschleuderung abermals vermacht sein solle, und entscheide: non oportere ei caveri, quum in suo arbitrio habeat, ut perdat id quod sibi relictum est, quamvis, si quis inspexerit, quod sub conditione relictum est, dici debeat satisdationem exigendam. Der Grund dieser Entscheidung liege also nicht darin, daß der Legatar die Erfüllung der Bedingung, d. h. die Verschleuderung des Empfangenen, in seiner Gewalt habe, sondern darin, daß er es in seiner Gewalt habe, sich das Empfangene zu erhalten, und so die wiederholte Auszahlung des Vermächtnisses zu vermeiden.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 308. Not. 241.

IV.

Streitig ist, ob auch von dem Vertragserben eine cautio legatorum servandorum gefordert werden könne.

Einige meinen, in solchem Falle könne die Caution nicht anders gefordert werden, als wenn sie ausdrücklich verabredet sei.

Hommel, Rhapsod. obs. 204.
Müller, promptuar. s. v. cautio fideicommiss. Nro. 14.

Andere meinen, das Recht der Vermächtnißnehmer beruhe auf der Befugniß des Erblassers, den Erben mit Vermächtnissen zu belasten, und dieses Recht sei heutzutage bei vertragsmäßiger Erbfolge an die Form der testamentarischen Einsetzung nicht gebunden; im Uebrigen aber hätten die mit Vermächtnissen Bedachten gegen den Vertragserben dieselben Klagen und Rechtsmittel, als wenn ihr Recht im Testament begründet wäre; es müsse ihnen mithin auch das Recht auf Bestellung der Caution zustehen.

Buchka, von der Stellvertretung S. 195.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 198. Not. 9.
Gerber, d. P.-R. S. 295.

Präjudiz 1.

In einem Erbvertrage, welchen der Hausmann Gartelmann mit seiner (verstorbenen) ersten Ehefrau, geb. Helmcken, im Jahre 1832 geschlossen hatte, war bestimmt, daß ein zum Vermögen der Ehefrau G. gehörendes Capital von 1800 Thlr. Gold ihrem Ehemanne nur in dem Falle als Brautschatz zufallen und als solcher vererbt werden solle, wenn aus der Ehe Kinder hervorgingen, welche zum Heirathen gelangen würden. Für den Fall, daß diese Bedingung nicht eintreten aber die Ehe kinderlos bleiben würde, sollte das fragliche Capital an die leiblichen Verwandten der Ehefrau G., und zwar zunächst an deren beide Geschwister, den Vollhäfner Joh. Diedr. Helmcken und die Ehefrau Behrens, geb. Helmcken, zurückfallen.

Das über die fraglichen 1800 Thlr. Gold lautende Schulddocument blieb mit Einwilligung der Ehefrau G. in dem Besitze ihres genannten Bruders zurück.

Nachdem die Ehefrau G. mit Hinterlassung von — derzeit unverheiratheten — Kindern gestorben war, verlangte Gartelmann Herausgabe des betreffenden Schulddocuments, welche indessen die nach dem gleichfalls erfolgten Tode des Joh. Diedr. Helmcken angeordnete Helmcken'sche Vormundschaft bis dahin verweigern zu dürfen glaubte, daß Gartelmann die von ihr begehrte cautio fideicommissaria bestellt haben würde.

Ungeachtet der von Gartelmann hiergegen geltend gemachten Einwendungen wurde seine auf Herausgabe der fraglichen Obligation gerichtete Klage oberrichterlich als zur Zeit unzulässig zurückgewiesen, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

Die von der verstorbenen Ehefrau G. zu Gunsten ihrer leiblichen Verwandten getroffenen Bestimmungen enthalten ein bedingtes Fideicommiß, zu dessen giltiger Errichtung eine Acceptation von Seiten des Honorirten auch dann nicht erforderlich ist, wenn ein solches, wie im vorliegenden Falle, bei Gelegenheit eines Erbvertrages, an welchem der Honorirte keinen Antheil genommen hat, angeordnet ist.

Die Befugniß des Honorirten, wegen eines ihm hinterlassenen bedingten Fideicommisses von dem Onerirten eine Cautionsleistung fordern zu dürfen, ist keineswegs bloß auf die durch testamentarische Dispositionen hinterlassenen Fideicommisse zu beschränken (wie dies der Kläger unter Berufung auf Müller, prompt. juris sub voce cautio fideicomm. Nro. 14 behauptet hatte); sondern findet bei allen an sich giltig errichteten Fideicommissen, also auch in concreto, Anwendung.

Auch können die Beklagten eine solche Cautionsleistung nicht nur mittelst einer angestellten Klage fordern, sondern sind auch befugt, wegen des ihnen an der Forderung qu. zustehenden eventuellen Rechtes, das diese Forderung bezielende Schulddocument bis zur Bestellung der erforderlichen Caution zu retiniren.

Erk. des OAG. zu Celle vom 18. Mai 1843, in S. Chr. Gartelmann liberorum nme. c. die Helmcken'sche Vormundschaft, sodann die Ehefrau Behrens, Intervenientin.

Seuffert, Archiv Bd 9. Nr. 319.

Präjudiz 2.

Von Erben kann nach römischem Rechte der Fideicommissar wegen künftiger Auslieferung auch eines bedingten Fideicommisses eine cautio fid. servandorum causa verlangen.

Fr. 14 pr. ut legatorum 36, 3.

Von beiden untern Instanzen war angenommen, daß dies auf den Vertragserben keine Anwendung leide, weil man eine desfallsige Absicht der Contrahenten nicht annehmen könne, wenn auf Bestellung einer Caution nicht ausdrücklich mitcontrahirt sei.

Allein das OAG. zu Oldenburg nahm aus folgenden Gründen das Gegentheil an:

Die römischen Bestimmungen wegen Bestellung der genannten Caution beruhen nicht auf dem vermutheten oder stillschweigenden Willen des Testators, sondern auf dem allgemeinen Willen des Gesetzgebers, den Legatar nicht ganz der Willkür des besitzenden Erben preiszugeben.

Fr. 1. §. 2 eod.: „Nec sine ratione hoc Praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque non carere debere bonis defuncti; sed aut satisdabitur iis, aut si satis non datur, in possessionem bonorum venire Praetor voluit."

Im ältern römischen Rechte konnte diese, im allgemeinen Interesse vom Prätor zum Schutze der Legatare und Fideicommissare eingeführte cautio vom Erblasser nicht einmal erlassen werden; dies gestattete erst der Kaiser Marc. Anton:

C. 2 ut in poss. 6, 54; const. 7 eod.

Das Erlassen der Caution von Seiten des Erblassers ist also nur eine Ausnahme von der gesetzlich zum Schutze aller Fideicommisse eingeführten Pflicht zur Cautionsbestellung, und dabei scheint denn gar kein Grund zu dem Unterschiede ersichtlich, ob das Fideicommiß einseitig einem Testamentserben oder vertragsweise einem Vertragserben auferlegt ist. Das römische Recht will auch nicht bloß den Testamentserben, sondern jeden Onerirten verpflichten, dem diese Pflicht nicht ausdrücklich erlassen ist, so auch den Intestaterben:

fr. 15. §. 2 ut legator.;
den substituirten Erben:
fr. 1. §. 2 eod;
den Grbeserben:
fr. 1. §. 6 eod.;
den Fideicommissar und Legatar, welchem ein Fideicommiß auferlegt ist:
fr. 1. §. 7; fr. 5. §. 29 eod.,
würde also nach der allgemeinen ratio seines Gesetzes auch den Vertragserben eingeschlossen haben, wenn es einen solchen gekannt hätte.

Ert. des OAG. zu Oldenburg vom 27. März 1850, in S. Praß c. Pundt.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 206.

V.

Ueber die Frage: wie die Caution bei Vermächtnissen von Renten und Alimenten zu berechnen sei,
spricht sich ein Erkenntniß dahin aus:

Präjudiz 1.

Es ist unstatthaft, hier die bei Verschollenen platzgreifende Vermuthung eines 70jährigen Lebens zu Grunde zu legen, vielmehr finden in Fällen, wo es sich von Sicherstellung vermachter Renten und Alimente handelt, die in fr. 68 ad leg. Falcid. 35, 2 für die Berechnung der quarta Falcidia hinsichtlich der Lebensdauer der Legatare angenommenen Grundsätze analoge Anwendung.

Ert. des OAG. zu Cassel vom 28. Oct. 1840.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 103.

VI.

Wenn Eltern den Kindern Vermächtnisse zu entrichten haben, so sind sie von der Caution befreit.

Streitig ist aber, wie es zu halten sei, wenn die Eltern zur zweiten Ehe geschritten sind. L. 6 pr. u. §. 1 C. ad SC. Trebell. 6, 49 u. Nov. 22. c. 41.

Einige meinen, nach den citirten Gesetzen solle der Parens, wenn er zur zweiten Ehe schreite, zur Strafe die ihm sonst zustehende Befreiung von der Cautionsleistung für Vermächtnisse, welche er an seine Kinder erster Ehe zu prästiren habe, verlieren.

Westenberg, princ. jur. lib. 36. tit. 3. §. 5.
Stryk, us. modern. lib. 36. tit. 3. §. 3.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1596.
Glück, Pand. Bd. 24. S. 185.
Thibaut, System §. 938.
Schweppe, röm. P.-R. §. 900.
Mackeldey, Lehrb. §. 536.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 523.
Seuffert, Lehrb. §. 617.

Andere meinen, die Gesetze bestimmten überhaupt nur, daß Vater und Mutter, ja sogar die Geschwister, bei allen Vermächtnissen von der Caution frei sein sollten.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 515.
Schweppe, röm. P.-R. §. 900.

Andere meinen, das, was (von Zeno) in Nov. 22. c. 41 verordnet sei, habe einen weit beschränkteren Sinn; denn theils werde vorausgesetzt, daß das fragliche Vermächtniß ein sog. fideicommissum hereditatis sei, theils daß derjenige, welcher den Eltern dieses Fideicommiß auferlegt habe, ebenfalls ein Ascendent des Onerirten, des Fiduciars, sei (z. B. indem der Großvater seinen Enkeln einen Theil der Erbschaft zuwendet, welcher diesen von ihrem, im Testamente zum Erben eingesetzten Vater unter einer Bedingung oder nach einem bestimmten Termin restituirt werden soll). Ja es sei noch nicht genug, daß der Onerirte überhaupt ein Descendent des Erblassers, des Testirers sei, sondern er müsse auch gerade ein Descendent des ersten Grades, ein Sohn oder eine Tochter des Testirers sein.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 372 f.
Knopschild, de fideicomm. fam. cap. 12. Nro. 12.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 308.

Andere meinen, dasselbe müsse auch von entfernteren Descendenten des Erblassers gelten (die Fiduciare brauchten nicht gerade Söhne und Töchter zu sein), weil der Ausdruck filii und filiae alle Descendenten bezeichne.

Siegel, de cautione fideicomm. nomine praestanda §. 13.

Siehe hiergegen
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 375 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 816.

Andere beschränken diese poena secundarum nuptiarum auf den Vater allein.

Cujacius, expos. Nov. 22.
Voet, Comm. ad D. 23. 2. §. 137.
Alissen, diss. de eo quod hodie juris est circa poenas sec. nupt. §. 11.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 514.
Thibaut, System §. 938.

Andere erklären die Beschränkung für eine solche, welche sowohl die Mutter als den Vater treffe.

Leyser, spec. 407. m. 3.
Pothier, Pand. T. II. lib. 36. tit. 3. Nro. 6.
Schweppe, röm. P.-R. §. 900.
Zimmern, Gesch. des röm. R. §. 177 a. E.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 379.

VII.

Ueber die Frage, ob die Caution, welche der Testator erlassen hat, dennoch gefordert werden kann, wenn der Fiduciar durch Verschwendung den Verlust des fideicomm. quod superfuturum erit in Aussicht stellt, s. Universalfideicommiß c. 8.

Cautio Muciana *).

Zimmern, de caut. Muc. (1818).
Roßhirt, Vermächtn. Bd. 1. S. 381 f.
Conradi, de caut. Muc. (1761).

I.

Streitig ist, ob die mucianische Caution auch bei affirmativen Bedingungen stattfinde.

Einige bejahen dies, gestützt auf L. 73 D. de condit. et demonstr. und L. 65. §. 1 ad SC. Trebell.

Büchner, de usu caut. Mucianae.

*) Die Bedingung, etwas nicht zu thun, gilt erst für erfüllt, wenn das Thun unmöglich geworden ist. Eine solche negative Potestativ-Bedingung von der Art, daß erst der Tod die Unmöglichkeit des Entgegenhandelns herbeiführt, würde also ein Vermächtniß stets unwirksam machen. Da dieses aber dem Willen des Erblassers widerspricht, so wurde die cautio Muciana eingeführt. Danach bekommt der unter solcher Bedingung Honorirte sowohl das Vermächtniß, als bei Erbeinsetzungen die Erbschaft alsbald, wenn er einen tüchtigen Bürgen stellt, daß er das Empfangene sammt allen Früchten herausgeben werde, wenn er der Bedingung entgegenhandelt.

Andere verneinen dies, und lassen die Caution nur bei negativen Potestativ Bedingungen zu, weil in den von den Gegnern aufgeführten Stellen nur von negativen Bedingungen, quae nisi fine vitae expleri non possunt, die Rede sei.

Höpfner, Institut. §. 493. Not. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 537.
Zimmern, de caut. Muc.

II.

Bei Erbschaften ist soviel gewiß, daß, wenn noch Miterben vorhanden sind, die Caution diesen geleistet werden müsse.

Streitig ist aber, wie es sich verhalte, wenn Jemand unter einer negativen Potestativ-Bedingung zum alleinigen Erben eingesetzt ist.

Einige meinen, in einem solchen Falle müsse die ganze Bedingung als unmögliche wegfallen, weil Niemand da sei, an welchen die Caution geleistet werden könne, und indem eben nur Miterben, aber nicht auch Substituten und Intestaterben einen Anspruch darauf hätten. L. 4. §. 1. L. 20 pr. de hered. inst. 28, 7.

Donellus, Comment. 8. c. 33 §. 21.
Faber, conject. lib. 2. c. 16.
Amaya, obs. 2. c. 2. §. 36.
Thibaut, System §. 951.

Andere meinen, auch die Intestaterben seien berechtigt, die Caution zu fordern; die Gründe zu dieser Ansicht beruheten auf L. 4. §. 1 D. 28, 7 u. L. 7. §. 1 D. de cond. et dem., und für einen Fall einer negativen Bedingung sei die Caution von Justinian selbst in Nov. 22. c. 44. §. 9 ausdrücklich anerkannt.

Arndts, Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilr. Bd. 1. S. 183 und die Not. 11 das. Angef.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 931.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 650. Not. 3.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. S. 155.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 191.
Puchta, Pand. §. 475 u. Vorles. Bd. 2. S. 348.
Sintenis, Civilr. §. 173. Not. 29.

Andere meinen, es sei ein Unterschied zwischen Substituten und Intestaterben; ersteren, nicht aber letzteren müsse die Caution geleistet werden, und die Bedingung falle dann als unmögliche hinweg, wenn weder Miterben noch Substituten vorhanden seien. Die Gründe sind folgende:

1) So lange noch Hoffnung der Testamentserbfolge vorhanden sei, könne von Intestatsuccession keine Rede sein, L. 39 de acq. vel om. hered. L. 8 C. commun. de suis; und bevor es sich also entschieden habe, daß die Testamentserbfolge wegfällt, könne Niemand als nächster Intestaterbe in Betracht kommen, L. 2 §. 6. L. 5 de suis et leg. 38, 16. Deshalb könne auf den künftigen Intestaterben keine Rücksicht genommen werden. Anders verhalte es sich mit dem Substituten, weil das Recht des Substituten auf demselben Delationsgrunde beruhe, wie das Recht des Instituten.

2) Es liege im Wesen der cautio Muciana, daß durch die Leistung derselben die negative Potestativ-Bedingung als erfüllt gelte. Sei nun also die Stellung dieser Caution unmöglich, weil Niemand existire, dem sie geleistet werden müsse, so sei die Erfüllung einer solchen Bedingung unmöglich, d. h. die Bedingung selbst sei unmöglich, müsse also für nicht hinzugefügt gelten. Mit diesen Grundsätzen stimmten auch die Gesetze L. 12 qui satisdare cog. L. 8 pr. de stip. praet. überein, indem hier allgemein der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe angewiesen sei, den Substituten Caution zu bestellen, eine Bestimmung, von welcher man ohne Willkür den unter einer negativen Potestativ-Bedingung Instituirten nicht ausnehmen dürfe.

Die Gründe aber, daß die cautio Muc., wenn der unter einer negativen Potestativ-Bedingung Eingesetzte keine Miterben und keine Substituten hat, nicht geleistet werde, gingen aus folgenden Gesetzen hervor: L. 1. §. 1 de cond. inst. Daselbst sei ausgesprochen, daß, wenn der unter solcher Bedingung Eingesetzte solus heres scriptus sei, d. h. wenn weder Miterben noch Substituten vorhanden seien, die Bedingung als unmögliche für nicht beigefügt gelte. Ferner L. 7. §. 1 de cond. et demonstr. und L. 20 pr. de cond. inst. Auch in diesen Stellen sei unterschieden, ob noch andere eingesetzte Erben vorhanden seien oder nicht, und während im ersteren Falle die Caution zu leisten sei, würde für den zweiten entschieden, daß die Erbschaft sogleich angetreten werden könne, weil eine unmögliche Bedingung für nicht beigefügt gelte.

v. Vangerow, Pand. §. 436.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 382.
Fabricius, Ursprung der bon. poss. S. 65.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 537.

Cautionen, bei Erbschaftsprocessen, s. hereditatis petitio c. 26 u. 27.

Cautionsleistung, s. auch legatum portionis c. 1.
— — der Notherben, den Erbschaftsgläubigern gegenüber, s. Pflichttheil A. c. 16.

Cautio usufructuaria, s. Legat dinglicher das Eigenthum beschränkender Sachen c. 4 u. 5.

Clausula derogatoria.

Cujacius in obs. jur. Rom. lib. 14. c. 7.
v. Bynkershoek, obs. jur. priv. lib. 3. c. 6.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 169—208.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 933 f.
Cocceji, diss. de clausulis testam.

I.

Daß ein Testirer durch den Gebrauch der sog. clausula derogatoria (d. h. die Clausel, wodurch ein Testirer künftige Verfügungen im Voraus vernichtet, insbesondere aber seinen gegenwärtigen letzten Willen für unabänderlich erklärt) seinen eigenen Willen nicht binden könne, ist im Allgemeinen unbestritten.

Streitig ist aber, ob in einem solchen Falle das zweite Testament durch sein bloßes Dasein das frühere zerstöre, oder ob der Testirer in demselben ausdrücklich erklären müsse, daß er die frühere Verfügung wieder aufrufe.

Einige behaupten das Letztere; denn es könnten leicht Zweifel über die wirkliche Willensmeinung des Testirers entstehen, wenn sich in der späteren Verfügung

eine so deutlich und bestimmt ausgesprochene Erklärung gar nicht berücksichtigt finde.

Sande, dec. Frisicae lib. 4. tit. 1. defin. 10.
Stryk, cautel. test. c. 24. §. 54.

Andere meinen, sobald eigentliche Testamente oder solche letztwillige Verfügungen, welche die Einsetzung eines sog. directen Erben enthalten, in Frage kommen, so bedürfe es einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, daß er die frühere Verfügung widerrufe, nicht. Bei solchen Testamenten werde durch das spätere Testament das frühere ipso jure zerstört, und die Erklärung des Testirers, daß dies wirklich der Fall sein solle, erscheine als etwas Ueberflüssiges. Es verstehe sich dabei aber von selbst, daß das letzte Testament auf dem eigenen und freien Willen des Testirers beruhen müsse, indem es ja sonst im Rechtssinne gar nicht existire. L. 32 pr. D. de hered. inst. 28, 5. L. 1 C. si quis aliquem test. proh. 6, 34. L. 3 D. eod.

Faber, err. Prag. dec. 37. err. 7. dec. 39. err. 1.
Huber, Comm. ad P. 28. 3. Nro. 5.
Voet, Comm. ad P. 28. 3. §. 10.
Wernher, obs. for. T. 1. P. 1. obs. 203.
Wernher, lect. comm. in P. 28. 3. §. 2.
Höpfner, Instit. §. 518.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1428.
Thibaut, System §. 976.
Hufeland, Lehrb. des gem. Civilr. §. 1297.
Schweppe, röm. P.-R. §. 869. Not. 1.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 420.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 174.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 933.

II.

Unter denen, welche das zweite Testament nur anerkennen, wenn in demselben die derogatorische Clausel widerrufen ist, herrscht Streit, ob dieser Widerruf allgemein sein könne, oder speciell sein müsse.

Einige begnügen sich mit einem allgemeinen Widerruf.

Faber, err. Pragm. dec. 38. err. 1.
Cocceji, diss. de claus. test. cap. 2. Nro. 152.

Andere verlangen einen speciellen Widerruf, lassen übrigens auch Vermuthungsgründe dafür zu, daß das spätere Testament die ernstliche und aufrichtige Willensmeinung des Testirers ausdrücke.

Stryk, caut. test. cap. 24. §. 56.

III.

Streitig ist, ob die derogatorische Clausel, wenn sie eidlich bestärkt ist, wirksam sei.

Einige unterscheiden, ob der Testirer zur Willensänderung einen rechtmäßigen Grund gehabt habe oder nicht, und erachten im ersten Falle die Aufhebung des beschworenen Testaments für giltig. Man argumentirt hierbei: an die derogatorische Clausel sei der Testirer freilich nicht gebunden und darum müsse es ihm auch freistehen, den beschworenen letzten Willen wieder aufzuheben. Jedoch gebe er durch die eidliche Versicherung einen besonders ernstlichen und festen Entschluß zu erkennen, er erkläre dadurch auf das Bündigste, daß er wenigstens nicht ohne sehr erhebliche Gründe das Testament aufheben oder abändern wolle, vergl. auch L. 77. §. 23 D. de leg. II.

Meranda, controv. jur. civ. lib. 4. c. 50.
H. de Cocceji, disp. de claus. test. c. 2 in f.
Stryk, caut. test. c. 24. §. 24.
Thibaut, System §. 976. Not. 4.

Andere meinen, daß in keinem Falle der Eidesclausel irgend eine Wirkung zuzugestehen sei. Denn sich selbst könne der Testator durch einen Eid nicht binden, mithin müsse die Hinzufügung der Eidesworte im Testamente ganz bedeutungslos sein. Anderen gegenüber würde die später nachfolgende Eidesleistung auf einen Vertrag hinauslaufen, und die darüber geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen, L. 112. §. fin. de leg. I.

Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 21.
Voet, Comm. ad P. 28. 3. §. 10.
Wernher, obs. for. T. 1. P. 1. obs. 205. Nro. 63
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1297 a. E.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 189 f
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 934.

und da nach deutschem Rechte Erbverträge gelten, so enthalte die eidliche Bestärkung eine besonders wirksame Verpflichtung.

Mittermaier, d. P.-R. Bd. 2. §. 47.
Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 6. S. 350.

Andere halten es dagegen für bedenklich, das Recht der Testamente mit dem Rechte der Verträge zu vermengen, und jene nicht nach ihren eigenthümlichen Vorschriften zu behandeln.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 606.
Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 135.
Böhmer, auserlesene Rechtsf. Bd. 2. S. 711.
Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 21.

IV.

Wenn der Testator sagt: ein späteres Testament soll nur dann gelten, wenn es in dieser oder jener bestimmten Form errichtet sein wird, so streitet man, ob dasselbe dann dennoch aufrecht zu erhalten sei, wenn es von jener Form abweicht.

Einige meinen, daß dem folgenden Testamente die aufhebende Kraft abzusprechen sei, wenn dabei die im Voraus bestimmte Form nicht beobachtet wäre, oder die angegebenen Merkmale fehlten. Denn man müsse annehmen, es stehe einem jeden frei, die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die von ihm ausgehenden Bestimmungen für wirksam gehalten wissen wolle; gegen den Willen des Testirers könne kein Testament aufrecht erhalten werden. Deshalb dürfe dem Testamentserben nur der Beweis auferlegt werden, daß entweder der Testator seine Erklärung wieder zurückgenommen habe, oder von ihrer Ausführung wider seinen Willen abgehalten sei.

Stryk, caut. testam. cap. 24. §. 55.
Cocceji, diss. de claus. test. cap. 2. Nro. 119 u. 162.

Andere meinen, daß von irgend einer Wirksamkeit einer solchen Bevorwortung gar nicht die Rede sein könne, da es nicht Rechtens sei, daß Jemand sich selbst eine Verbindlichkeit oder Bedingung vorschreiben und auferlegen könne. Eine dies für Codicille aussprechende

Vorschrift sei in L. 6. §. 2 de jure cod. 29, 7 enthalten. Diese Stelle sei zwar Gegenstand mehrfacher Interpretation deshalb geworden, weil man die nach L. 12. §. 3. L. 14 pr. de leg. I. L. 22 pr. de leg. III. zulässige Erklärung in einem Testamente, daß spätere Legate gar nicht, oder nicht ohne Unterschied gelten sollen, damit in Widerspruch fand (siehe fünf verschiedene Vereinbarungsversuche bei Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 203). Allein diese Stellen ständen mit der L. 6. §. 2 cit. in keinem Widerspruch, und jedenfalls liege ein Bezug auf ein späteres Testament in jenen Stellen nicht.

Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 21.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 203.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 934.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1 S. 666.

V.

Streitig ist, ob die Unwiderruflichkeit eines Testaments durch Vertrag begründet werden könne.

Einige bejahen dies, wenn auch nicht nach römischem, so doch nach deutschem Rechte. Daraus, daß das deutsche Recht unwiderrufliche Verfügungen auf den Todesfall zu treffen gestatte, folge, daß auch der Inhalt eines Testaments durch Vertrag müsse bestätigt werden können. Der Name Testament sei hier unerheblich; bloß der Wille des Erblassers sei entscheidend. Solche Verträge nun, wodurch die Unwiderruflichkeit eines Testaments erklärt würde, seien der Sache nach wahre Erbverträge, und es verstehe sich daher auch von selbst, daß, wenn für Erbverträge gewisse Formen vorgeschrieben seien, diese auch bei den Verträgen, wodurch ein Testament für unabänderlich und unwiderruflich erklärt werde, beobachtet werden müßten. Subjecte dieses Vertrags seien nun der Erblasser und derjenige, der rechtlich dabei interessirt sei, daß das Testament nicht aufgehoben werde, meistens der Erbe. Die Eingehung des Vertrags sei sowohl vor als nach der Testamentserrichtung möglich; sie könne aber auch neben und in Verbindung mit dem Testamente vorkommen. Gegen die Zulässigkeit der letzteren scheine allerdings die erforderliche Einheit des Testamentsacts zu sprechen; allein da das Ganze nur vermöge des Vertrags gelte, mithin in aller Beziehung ein wahrer Erbvertrag vorliege, so müsse auch eine während des Testamentsacts erfolgte Willenseinigung für rechtlich zulässig erachtet werden. Regelmäßig werde dies der Fall sein, daß der Erbe, welcher freilich nicht zu den Testamentszeugen gehören dürfe, die in dem Testamente ausgedrückte Unwiderruflichkeit nach der Testamentshandlung förmlich acceptire, oder daß sich der Erblasser und der Erbe unter der Testamentsurkunde darüber einigen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 209.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 936.
Schilter, praxis jur. R. P. 2. exerc. 39. §. 56.
Stryk, de caut. test. cap. 24. §. 15.
Leyser, med. ad P. sp. 43 m. 7 u. 8. sp 359. m. 8 u. 9.
Thibaut, System §. 976. Not. d.
Runde, deutsches P.-R. §. 659.

Andere verneinen die Frage, denn es unterliege im Allgemeinen keinem Zweifel, daß die römische Testamentslehre in Deutschland recipirt sei, und daß also auch jetzt noch dieses Geschäft als die in bestimmter Form abgefaßte letztwillige Verfügung des Testators über seine Beerbung aufgefaßt werden müsse. Wenn dies aber als Regel feststehe, so müßten schon ganz besondere Gründe vorliegen, dem Vertrage einen Einfluß auf das Testament anzuerkennen, den das römische Recht nicht habe anerkennen können. Das römische Testament sei auch im deutschen Recht in seiner inneren Beschaffenheit nicht geändert und der Herrschaft des Vertrags unterworfen; es sei noch immer das einseitige letztwillige Geschäft geblieben, welches es bei den Römern gewesen, und der Erbeinsetzungsvertrag habe nichts weiter mit dem Testamente zu schaffen, als daß er im Allgemeinen denselben Zweck und Erfolg habe wie dieses. Außerdem aber sei in dem deutschen Geschäfte nichts enthalten, was ein Uebergreifen in das Gebiet der römischen letztwilligen Verfügungen rechtfertige; denn wenn man es nicht allein auf die Erbeseinsetzung bezöge, sondern auch auf das Testament, welches eine solche enthalte, so würde man ihm dadurch eine ganz andere Bedeutung beilegen, als es seinem Begriffe nach haben solle. Beide Geschäfte ständen vielmehr unabhängig neben einander, demselben Zwecke, wenn auch auf verschiedene Art dienend. Der Vertrag sei also auch jetzt noch ohne Gewalt über das Testament; das Testament könne also auch durch keinen Vertrag unwiderruflich gemacht werden, und ein solcher Nebenvertrag bei dem Testamente sei durchaus ohne Wirkung.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 22.
Beseler, Erbvertr. Bd. 1. Abth. 1. S. 314.
Biener, opusc. acad. Nro. 37.
Hasse im Rhein. Museum II. 2. S. 208.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 343.
Pufendorf, obs. 2. obs. 72.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 476.
Schweppe, röm. P.-R. §. 869. Not. 1.
Günther, princ. jur. Rom. §. 791. not. c.

Präjudiz 1.

Das OAG. Celle erkannte im December 1816 in Sachen von Duve c. von Behr u. Cons.:

> Würde Klägerin beweisen, daß die Erblasserin schon früher ein gerichtliches Testament errichtet, die Klägerin darin zu ihrer alleinigen Erbin ernannt, und sowohl ihr als ihrem Ehemanne ausdrücklich versprochen habe, sothanes Testament nicht revociren zu wollen, dieses Versprechen auch von ihnen beiderseits acceptirt sei, so erginge sodann weiter W. R.

In den Gründen wird ausgeführt: So sehr sich auch die römischen Gesetze in das deutsche Rechtssystem eingedrängt und dasselbe fast ganz umgeschaffen haben, so konnten sie doch niemals den germanischen Grundsatz: daß die Erbverträge verbindliche Kraft haben, verdrängen.

Runde, d. P.-R. §. 660.

Aber dergleichen Erbverträge geben doch nichts mehr, als einen unwiderruflichen Titel des Vertragsrechts, und soweit sie dem Erblasser nicht unbedingt die Befugniß entziehen, über sein Vermögen noch unter Lebenden zu verfügen,

Runde, l. c. §. 661 a. E.

so kann es auch den Erben nicht versagt werden, im Eröffnungsfalle die Erbschaft auszuschlagen, oder sich doch nur mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten.

Ohne Zweifel enthält das den Erben vom Testator ge-

gebene Versprechen, seinen bereits errichteten letzten Willen nicht verändern zu wollen, einen Erbvertrag.

Kiod, quaest. for. T. I. c. 59.

An eine gewisse Form und Feierlichkeit ist weder jenes noch dieser gebunden; aber das erstere muß doch ausdrücklich oder auf eine völlig bestimmte Weise ertheilt und vom Erben acceptirt sein. Zweideutige Aeußerungen des Erblassers, Umstände und Thatsachen, um aus ihnen durch künstliche Argumentationen das Dasein eines Erbvertrages zu entwickeln, reichen nicht hin, die Gewißheit des Willens außer Zweifel zu setzen, und sind daher nicht zum Beweise zu verstellen.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Th 6. Nr. 79.

Präjudiz 2.

Das OLG. zu Wolfenbüttel erkannte im April 1841 in Sachen Emmermann c. Emmermann wegen Nichtigkeit eines Testaments:

Und da

ad 1. den bekannten Landesgesetzen zufolge die obrigkeitliche Bestätigung zwar nicht bei einseitigen und widerruflichen letztwilligen Verfügungen, wohl aber unzweifelhaft bei Verträgen, durch welche, sei es sofort unter Lebenden oder für den Todesfall, dingliche Rechte an Bauergütern unwiderruflich übertragen werden sollen, die unerläßliche Bedingung der rechtlichen Wirksamkeit und Klagbarkeit ausmacht;

ad 2. das Versprechen, nicht zu testiren, überall nur in sofern, als es mittelst gegenseitiger Annahme in einen Vertrag übergegangen wäre, in Betracht kommen, ein solcher Vertrag aber seinem Wesen nach kein anderer, als ein Erbvertrag sein könnte, und daher bei demselben das oben bei 1. Gesagte wieder zur Anwendung zu bringen sein würde....

Siehe auch Abth. 4. Notherbenrecht 8. Präj. 2 zu Contr. 14 S. 16.

Vergl. auch: Wechselseitiges Testament c. 9 u. 10 und folg.

Clausula privatoria.

Streitig ist, ob die Wirksamkeit der clausula privatoria auch bei Anstellung eines gerechten Processes anzunehmen sei.

Einige stellen die Regel auf, die Clausel sei alsdann wirkungslos, wenn gerechte Veranlassung zur Anstellung des Processes vorhanden war, z. B. wenn gerechte Zweifel über Interpretation des letzten Willens bestanden, oder wenn der Proceß aus Irrthum angestellt wurde, oder wenn die Testamentsfähigkeit des Testators mit Recht in Zweifel gezogen werden konnte; überhaupt in allen Fällen, wo man nicht annehmen kann, daß die Anstellung des Processes aus Chicane oder dolose herbeigeführt sei, arg. L. 8. §. 14 D. de inoff. test.

Böhmer, dec. et cons. Vol. 2. P. 1. resp. 691. Nro. 9.
Voet, Comm. ad P. 34. 6. Nro. 3.
Klein, Annalen Bd. 7. S. 94.
Kiod, quaest. for. T. 1. c. 62.
Müller, prompt. jur. s. v. clausula privat. Nro. 1—6.

Andere meinen, in allen Fällen, wo ein „extraneus" ein Testament anfechten würde, arg. L. 55 D. de legat. I.,

Cocceji, diss. de claus. test. c. II. Nro. 99. p. 24.

oder sogar wo Kinder das Testament anfechten würden, arg. L. 32 C. de inoff. test.,

Coeppenius, obs. 122.

sowie in Fällen, wo der Testator verordnet habe: „Wenn einer meiner Erben mein Testament mit Recht oder ohne Recht anfechten würde", müsse die Clausel wirksam sein, selbst wenn der Kläger zur Anstellung des Processes gerechte Gründe gehabt und den Proceß gewonnen haben sollte.

Geiger u. Glück, Rechtsf. Bd. 3. S. 50.
Reinhard ad Christ. V. obs. 41.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 275.
Schweppe, röm. P.-R. §. 945.
Seuffert, Pandektenrecht §. 596.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 392.

Andere meinen, die Controverse lasse sich im Allgemeinen nicht beantworten, sondern nur mit Rücksicht auf den besonderen Fall. Im Zweifel freilich sei gegen den zu entscheiden, der den Proceß veranlaßt habe. Die eventuell in solchen Fällen angedrohete Beschränkung eines Notherben auf den Pflichttheil sei jedoch an sich stets erlaubt, indem sie nicht die Einsetzung, sondern nur die Größe der Erbportion berühre.

Sintenis, Civilr. §. 173. Not. 2.

Präjudiz 1.

Ueber die Wirksamkeit der sog. clausula privatoria, d. h. jener Anordnung des Erblassers, vermöge welcher diejenigen, welche von ihm als Erben oder mit Vermächtnissen bedacht sind, das Hinterlassene verlieren sollen, wenn sie seinem (des Erblassers) Willen nicht entsprechen, insbesondere gegen das Testament einen Streit erheben, sind die Ansichten der Rechtslehrer insofern getheilt, als mehrere, namentlich der älteren Juristen, die Wirksamkeit der Bedingung bei einem gerechten Streit ausgeschlossen wissen wollen.

Voetius, Comm. lib. 34. tit. 6. Nro. 3.
Klein, Annalen der Gesetzgebung Bd. 7. S. 94 f.
Kiod, quaest. for. T. 1. cap. 62.
Müller, prompt. jur. T. 1. p. 619.

Allein schon Averanius, interpr. jur. T. 1. c. 29 hat darauf aufmerksam gemacht, daß der von dem Testator gesetzte Verlust nichts mit dem in den Gesetzen angedrohten gemein habe, und daß es bei ersterem sich lediglich um die Willensmeinung des Testators handle, welche, soferne sie den Gesetzen nicht zuwiderläuft, zum Vollzuge zu bringen ist.

Diese von den neueren Rechtslehrern:

Glück u. Geiger, Rechtsfälle Bd. 3. S. 50 f.
Puchta, Vorles. über röm. Recht Bd. 2. S. 392.
Seuffert, Lehrb. des prakt. Pandektenrechts 2. Ausg. Bd. 3. §. 596.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. Bd. 3. §. 275.
Schweppe, Handbuch des römischen Privatrechts Bd. 5. §. 945.

angenommene Ansicht hat auch die Gesetze für sich; denn die L. un. C. de his, quae poen. nom. relinq. 6, 41 gestattet allgemein eine Strafverfügung des Testators, und will deren darauf bezügliche Willensmeinung zum Vollzug gebracht wissen, sofern der Erbe oder Legatar zu nichts physisch Unmöglichem oder rechtlich Verwerflichem genöthigt wird.

In diese Kategorie gehört aber die Unterlassung eines Processes über das Testament, der sich zudem nicht auf dessen Existenz oder über dunkle zweideutige Stellen in demselben bezieht, nicht.

Erk. des OAG. zu München vom 2. Juli 1850. N. R. 726. 1848/49.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 186.

Präjudiz 2.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Die für den Anfechtungsfall angedrohte Enterbung kann für die Notherben von keiner rechtlichen Wirkung und Bedeutung sein, da eine solche clausula privatoria eine, nach einer bereits unbedingt erfolgten Erbeseinsetzung nicht weiter zulässige Enterbung enthält, welche, zumal unter der hinzugefügten Potestativ-Bedingung, keine Gültigkeit hat,

fr. 17. §. 2 de testam. militis 29. 1.
fr. 21 de liberis et postumis 28, 2

und deshalb auf jene Erbeseinsetzung ganz einflußlos ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 14. November 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 65.

Siehe auch oben: Auslegung der letztwilligen Verordnungen das in der Note S. 18 angef. Präj. 3 des OG. Wolfenbüttel vom 18. November 1852, in S. Brand c. Meyer'sche Testamentserben.

Desgl. unten: Testamentsexecutor c. 1 das Präj. des OAG. Dresden vom März 1853.

Codicillarclausel.

Chifletius, de jure fideicommiss. lib. 3. c. 1—13.
Stryk, de clausula codicillari.
Hellfeld, de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adjectae.
Tauchert, de clausula codicillari (1822).
Sickel, de vi clausulae codicillaris in testamento nullo (1829).
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 45 f.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 184 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 989 f.

I.

Streitig ist, ob die Codicillarclausel bei Testamenten subintelligirt werde, oder mit anderen Worten, ob ein Testament nur in Folge einer Erklärung des Erblassers, oder schon kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten werde.

Einige verneinen diese Frage aus allgemeinen Gründen, zunächst vom Standpunkte der Conversion aus. Wenn nämlich ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft als solches nichtig sei, aber doch alle Erfordernisse eines anderen verwandten Rechtsgeschäfts habe, so sei davon als Regel auszugehen, daß das fragliche Geschäft in dieser letzteren Gestalt nur dann aufrecht erhalten werde, wenn der Wille der Parteien auf diese Aufrechterhaltung gerichtet und gehörig erklärt sei. Diese Regel ergebe sich aus einzelnen Entscheidungen mit Gewißheit. L. 1. §. 4 D. de constit. pec. 13, 5. L. 1. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1. L. 7. §. 12 D. de pact. 2. 14. L. 1. §. 5 D. quod jussu 15, 4. L. 9 D. de sponsal. 23, 1. Nur eine Ausnahme davon gebe es, nämlich die Aufrechterhaltung der Acceptilation in Anwendung auf andere Vertragsobligationen als verborum obligationes als pactum de non petendo. L. 8 pr. L. 19 pr. L. 23 D. de acceptilat. 46. 4. L. 27. §. 9 D. de pactis 2, 14. L. 5 pr. D. de rescindend. vendit. 18. 5. — Dieser Regel gemäß könne denn nun auch ein nichtiges Testament, ohne eine darauf gerichtete Erklärung des Erblassers, nicht als Codicill aufrecht erhalten werden, wenn es auch alle Erfordernisse eines Codicills haben sollte. L. 41. §. 3 D. de vulgar. subst. 28. 6. L. 1. L. 13. §. 1 D. de jure codic. 29, 7. L. 11 C. de manum. test. 7, 2. L. 8. §. 1 C. de codic. 6, 36. Diese hiernach nothwendige Erklärung des Erblassers sei aber an keine bestimmte Form gebunden. Jede Willenserklärung, aus welcher sich mit Sicherheit abnehmen lasse, daß der Testator die ihm vorgelegte Frage, ob das Testament eventuell nicht wenigstens als Codicill gelten solle, bejaht habe, sei als genügend anzusehen. Daher schließe auch die clausula omni meliore modo auch die Codicillarclausel in sich. Die Wirkung der Codicillarclausel hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verfügungen könne der Erblasser auch dadurch hervorbringen, daß er an diejenigen, welche nicht aus dem fraglichen Testamente, sondern auf andere Weise seine Erben sein würden, die Bitte richte, den Inhalt des fraglichen Testaments zur Ausführung zu bringen. Vergl. L. 9 D. de legat. III. L. 24. §. 11 D. de fideicomm. libert. 40, 5. L. 14. L. 29 C. de fideicomm. 6, 42. L. 1 C. de fideicomm. libert. 7, 4.

Thibaut, System §. 935. Not. c.
Mackeldey, Lehrb. §. 703. Anm. b.
Hufeland, Lehrb. des gem. Civilrechts §. 1326. Not. b.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479.
Schweppe, röm. P.-R. §. 932.
Mühlenbruch, Lehrb. der Pand. §. 785.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 380.
Seuffert, Pandektenrecht §. 602. Not. 3.
Valett, Pandektenrecht §. 1185. Not. 53.
v. Vangerow, Pand. §. 527. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 803.
Göschen, Vorlef. §. 1005.
Puchta, Vorlef. Bd. 2. S. 436.
Schilling, Pandektenrecht §. 369.
Sintenis, Civilrecht §. 208. Not. 10.
Arndts, Lehrb. der Pand. §. 546. Not. a.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 193 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 991.

Andere meinen, die Frage sei zu bejahen; es sei stets zu präsumiren, daß es Wille des Erblassers sei, daß sein Testament eventuell als Codicill gelten solle. Ferner sei allgemeine Rechtsregel, daß, was gewöhnlich geschehe, auch bei Rechtsgeschäften für stillschweigend hinzugefügt gelte, L. 31. §. 2 D. de aedilitio edicto 21, 1. Da nun die Testamente meistens ausdrücklich mit der Codicillarclausel versehen würden, so müsse dieselbe im Unterlassungsfalle als stillschweigend hinzugefügt gelten. Sodann wird geltend gemacht: es habe unter den römischen Juristen zwei Parteien gegeben, die eine (L. 41. §. 3 de vulg. subst. 28, 6. L. 19 C. de fideicomm. 6, 42. L. 11 C. de test. manumiss. 7, 2. L. 13. §. 1 D. de jure cod. 29, 7. L. 11. §. 1 D. de leg. III. L. 29 D. qui test. facere 28, 1) habe sich gegen die andere (L. 3 D. de test. mil. 29, 1. L. 88. §. ult. D. de leg. I. L. 76 D. ad SC. Treb. 36, 1. L. 27. §. 9 D. de pact. 2, 14. L. 38 D. de fideic. libert. 40, 5) für die stillschweigende Ergänzung der Codicillarclausel erklärt, und für das Justinianische Recht habe den Sieg die mildere Meinung davongetragen, indem die Nothwendigkeit bestimmter Wortformeln für die Erbeinsetzung und die Vermächtnisse L. 15 C. de test. 6, 23 L. 21 C. de legat. 6, 37. L. 1 u. 2 C. commun. de leg. 6, 43 aufgehoben sei.

Tittel, de clausula codicillari tacite subintellecta (1759) §. 31 sq.
Alef, diss. de otio clausulae codic. cap. 2 (1750).
Lilien, de clausula codic. in test. expressa et praeprimis subintellecta (1738).
Carpzov. part. 3. c. 4. def. 38 et lib. 6. resp. 7.
Hugo, Lehrb. des röm. Rechts 7. Aufl. S. 221.
Heisler in den jurist. Abhandl. Bd. 1.

Andere meinen zwar, daß die Codicillarclausel im Allgemeinen nicht als subintelligirt betrachtet werden könne, machen aber für das testamentum parentum inter liberos eine Ausnahme.

Berger, oec. jur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 8 u. §. 36. not. 5.
Voet, Comm. ad P. 29. 7. Nro. 7.

Präjudiz 1.

Zuvörderst beruht soviel außer allem Zweifel, daß die Erbeinsetzung ein so wesentliches Erforderniß des Testaments ist, daß ohne solche von einem zu Recht beständigen Testamente überhaupt keine Rede sein kann.

Soviel nämlich das römische Recht anlangt, so sagt

§. 34 Inst. de legat.

mit klaren Worten, daß die Testamente aus der Institution des Erben ihre Giltigkeit ableiten und daher diese den Begriff und das Wesen des Testaments ausmacht. In derselben Weise sprechen sich auch viele andere Gesetze aus, z. B.

L. 20 D. de jure codicill.
L. 1. §. 3 D. de vulgari et pupillari substit.
L. 3 D. de his, quae in test. delentur.
§. 2 Inst. de fideicomm. hered.

Auch liegt der Grund davon sehr nahe. Denn eine solche Succession in den Nachlaß, wonach nicht bloß die Vortheile, sondern auch die Lasten auf den Successor übergehen, ist nur bei den Erben denkbar,

L. 2 u. 7 C. de heredit. actionibus,

es sind daher lediglich die Erben Universalsuccessoren,

§. 11 Inst. de test. ordin.

während die Vermächtnißnehmer für bloße Singularsuccessoren anzusehen sind,

L. 32 D. mandati.

Wollte man nun eine letztwillige Verfügung, in welcher die heredis institutio fehlt, und bloß Vermächtnisse ausgesetzt sind, gelten lassen, so würden bloß Successoren in die Rechte des Nachlasses vorhanden sein, während eine Person fehlte, welche die Lasten des Nachlasses übertrüge und den Erblasser in seinem ganzen Rechtsgebiete repräsentirte. Aus diesem Widerspruche, welcher sich ergeben müßte, wenn man ein Testament für zulässig ansehen wollte, in welchem die Erbeinsetzung fehlt, und nicht aus der bekannten, aus der angegebenen Rücksicht erst folgenden Regel des römischen Rechts, neminem in paganis pro parte testatum, pro parte intestatum decedere posse, erklärt sich der Grundsatz, daß ein Testament ohne Erbeinsetzung undenkbar ist, und wenn schon die clausula codicillaris ein Mittel bietet, durch welches eine letztwillige Verfügung, der die Solennität der Erbeinsetzung abgeht, aufrecht erhalten werden kann, so läßt sich dennoch daraus nicht folgern, daß der angegebene Grundsatz überhaupt geändert oder gar ganz aufgehoben worden sei.

Das Erforderniß der Erbeinsetzung für den Begriff des Testamentes ist auch in Sachsen durch das Mandat, die Grundsätze der gesetzlichen Allodial-Erbfolge und mehrere Bestimmungen über einige damit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse enthaltend, vom 31. Januar 1829, nicht nachgelassen worden. Zwar hat dasselbe §§. 2 bis mit 6 die Regel nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest außer Anwendung gesetzt. Allein wie diese Regel überhaupt gar nicht die Grundlage für das gedachte Erforderniß der Testamente bildet, so legt die Fassung der angegebenen Bestimmungen ganz unzweifelhaft zu Tage, daß der Gesetzgeber überall ein Testament vorausgesetzt habe, welches eine Erbeinsetzung enthält. Und wollte man selbst annehmen, es wäre eine letztwillige Verfügung, die wegen Mangels der heredis institutio als Testament nicht gelten kann, auch dann, wenn ihr die clausula codicillaris nicht beigefügt ist, eben so bei Kräften zu erhalten, als wenn die Clausel sich darin fände, so würde dies doch ein Verhältniß sein, durch welches der Begriff des Testamentes nicht als geändert angesehen werden könnte.

Wenn schon dem bisher Gesagten zufolge die Erbeinsetzung einen so wesentlichen Bestandtheil des Testamentes ausmacht, daß ohne solche von einem Testamente überhaupt keine Rede sein kann, so ist dies doch nicht so zu verstehen, als müsse die Erbeinsetzung so unbedingt mit directen und gleichsam solennen Ausdrücken erfolgen. Dies galt, wie aus den in einigen Quellenaussprüchen, z. B.

L. 1. §. 3 u. 5 D. de hered. instit.
L. 48 pr. D. eod.

enthaltenen Andeutungen hervorgeht, zwar in dem älteren römischen Rechte, ist aber später

L. 15 C. de test.

geändert worden, und es genügt gegenwärtig, wie auch schon von Accursius in gloss. ad L. 48 pr. D. de hered. inst. und Bartolus in comment. in primam infortiati partem ad dict. L. bemerkt worden ist, jede Fassung des Testamentes, aus der die Absicht des Testators, einer Person sein gesammtes Vermögen zu hinterlassen, hervorgeht, indem, wenn das gesammte Vermögen vermacht wird, sich von selbst versteht, daß die bedachte Person die Stelle des Erben vertreten solle.

L. 14. §. 8. L. 15. L. 16 pr. D. ad SC. Trebellian.
Erk. des OAG. zu Dresden vom Monat Novbr. 1854, in M. Christian Gotthilf Ecker's Nachlaßsache.
Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 14. H. 1. Nr. 23. S. 67 f.

II.

Streitig ist, ob die Codicillarclausel auch dann von Wirkung sei, wenn der Concipient oder Schreiber des Testaments, oder, wie man den Fall gewöhnlich aufstellt, wenn der Notar dieselbe ohne Wissen und Willen des Erblassers in das Testament aufgenommen habe.

Einige meinen, man müsse annehmen, daß in dem allgemeinen Auftrage des Testators an einen Sachkundigen die Absicht vorliege, seinem Willen auf jede rechtsbeständige Weise Kraft zu geben, und sei deshalb zu präsumiren, daß der Notar die Clausel mit Wissen und Willen des Testators beigefügt habe.

Stryk, de cautels test. c. 13. §. 18.
Walch, controv. jur. civ. p. 341.
Voet, Comm. ad P. 29. 7. Nro. 7.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit 4. §. 36. not. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 804.

Andere meinen, wenn die Codicillarclausel erst nach Vollendung des Testamentsacts beigefügt sei, so habe sie keine Wirkung, selbst wenn dies in Uebereinstimmung mit dem Erblasser, oder vom Letzteren selbst geschehen sei. Andernfalls komme es darauf an, ob der Erblasser das von dem Concipienten des Testaments mit der Codicillarclausel versehene Testament vor dem Testamentsacte durchgelesen habe oder nicht. Im ersteren Falle habe er den Inhalt des Testaments, mithin auch die Beifügung der Codicillarclausel genehmigt. Es blieben also nur noch die selteneren Fälle übrig, wo der Erblasser den Testamentsact vorgenommen habe, ohne vorher Kenntniß von der Hinzufügung der Codicillarclausel erlangt zu haben, z. B. wenn der des Lesens kundige Erblasser das Testament nicht durchgelesen, oder wenn dem illiteratus das Testament gar nicht oder nicht vollständig vorgelesen sei. In diesen Fällen müsse der Codicillarclausel jede Wirksamkeit abgesprochen werden, weil dieselbe nicht auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden könne. Denn Testamente und Codicille seien verschiedene Rechtsacte, und da an sich das Testament nicht kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten werde, so könne auch in dem Auftrage zur Anfer-

tigung des Testaments kein Auftrag zur Anfertigung des Codicills gefunden werden.

Thibaut, System §. 935. Not dd.
Braun, Dictate zu §. 784.
Weber, Erläuter. der Pand. (1820) Th. 2. S. 275. Not. 1.
Roßhirt, Lehre v. den Vermächtnissen Th. 1. S. 63.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 223.

III.

Streitig ist, ob die Umwandlung des Testaments in ein Codicill auch ohne Codicillarclausel vorzunehmen sei, wenn der Erblasser gewußt habe, daß sein letzter Wille nicht als Testament bestehen könne.

Einige behaupten dies, weil aus der gleichwohl unternommenen Errichtung eines letzten Willens auf die Absicht, ein Codicill zu errichten, geschlossen werden müsse. L. 13. §. 1 D. de jure codicill. 29, 7.

Schweppe, röm. P.-R. §. 932. S. 384.
Seuffert, Pandektenrecht §. 602. Not. 3.

Andere verneinen die Frage. Denn wenn Jemand mit Bewußtsein ein nichtiges Rechtsgeschäft vornehme, so zeige er eben dadurch, daß er nur dem Scheine nach, nicht aber in Wirklichkeit ein Rechtsgeschäft abschließen wolle. Wenn nun auch aus der L. 13 cit. der Grundsatz abzuleiten sei, daß über die Frage, ob eine Urkunde für ein Testament oder Codicill zu halten sei, nur die voluntas des Erblassers entscheide, so beruhe doch gerade die Annahme, daß in dem hier in Frage stehenden Falle die voluntas des Erblassers auf ein Codicill gerichtet gewesen sei, auf einer unbegründeten Voraussetzung.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 224 f.

IV.

Streitig ist, ob die Regel, daß die Codicillarclausel bei Testamenten nicht subintelligirt sei, keine Ausnahmen habe.

Einige meinen, die Regel habe keine Ausnahme; denn bei privilegirten Testamenten sei die Annahme der stillschweigenden Ergänzung der Codicillarclausel unnütz, indem die Form der privilegirten Testamente und Codicille identisch sei, und die Codicillarclausel daher hier einen Mangel der Form nicht ersetzen könne.

Chifletius, de jure fideicomm. c. 2 u. 3.
Giphanius, explanatio legum diffic. Cod. ad L. ult. C. de codic. (T. II. p. 133).
Hilliger in Donello enucleato lib. 7. c. 18. B.
Stryk, de clausula codic. §. 61—67.
Wernher, obs. for. P. 1. obs. 279. Nro. 7—11.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1574
A. Faber, err. Pragm. dec. 36. err. 1.

Andere subintelligiren die Codicillarclausel bei allen privilegirten Testamenten.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 36. not. 5 u. §. 6. not. 8.

Andere lassen die stillschweigende Ergänzung der Codicillarclausel nur bei einzelnen privilegirten Testamenten, nämlich bei dem test. parentum inter liberos und dem sog. test. posterius imperfectum zu.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 227 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 992.
und die bei Fein, l. c. S. 237. Not. 81 allegirten älteren Rechtslehrer.

Andere erstrecken die Ausnahme auch auf das test. militare wegen L. 3 D. de test. milit.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 17.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1574.
Thibaut, System §. 935.
Mackeldey, Lehrb. §. 703.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479 u. 481.
Schweppe, röm. P.-R. §. 932.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 803.

Siehe hiergegen

Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen Th. 1. S. 60.
Böcking, Grundriß zu Vorlesungen über das gem. Erbrecht §. 136.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 252.

Andere erstrecken die Ausnahme auch auf test. ad pias causas.

Mantica, de conject. ult. volunt. lib. 1 tit 9. Nro. 6.
Lauterbach, coll. th pr. P 29. 7. §. 17.
Carpzov, jurispr. for. P. 2. const. 4. def. 38. Nro. 10 u. 11

Andere gestatten sie auch in favorem libertatis wegen L. 38 D. de fideic. lib. 40, 5.

Thibaut, System §. 935.
v. Vangerow, Pand. §. 527.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 803.

Andere gestatten sie in favorem geliebter Personen.

Chifletius, de jure fideic. lib. 3. c. 3.

Siehe hiergegen

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 256

V.

Nach L. 8 C. de codic. 6, 36*) soll derjenige, welcher aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente Rechte herleitet, erklären, ob er es als Testament oder als Codicill anerkenne. Streitig ist, auf welche Fälle sich diese Vorschrift beziehe.

Einige meinen, das Gesetz sei auf solche Fälle zu beziehen, in welchen es zweifelhaft sei, ob der Erblasser eine directe Erbeinsetzung oder ein Universalfideicommiß beabsichtigt habe.

Donellus, Comm. in Codic. ad L. 8 pr. de cod. p. 480.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 280.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 896.

Andere meinen, der Kaiser habe einen Fall vor Augen gehabt, wo der Erblasser den Honorirten zum directen Erben eingesetzt, und ihn daneben ausdrücklich für den Fall, daß er nicht Erbe werde, mit einem Fideicommisse versehen habe.

J. Gothofredus in Comm ad L. 7 pr. C. Th. de cod. p. 369.

*) Das Gesetz cit. sagt wörtlich Folgendes: „Wenn Jemand aus einem schriftlichen oder mündlichen Testamente die Erbschaft fordern will, soll er zur Geltendmachung eines Fideicommisses nicht gelassen werden.“ Weit entfernt davon, daß Jemanden die Wahl nach seiner Willkür gestattet werde, wird auch noch verordnet: „Wenn der Testator im Testamente zugleich die Codicillarclausel beigefügt habe, so soll der, welcher die Erbschaft fordert (qui hereditatem petit), gleich anfangs (ab ipsis intentionis exordiis) die Wahl zwischen beiden haben, und durch die Wahl des Einen von dem Andern ausgeschlossen sein, so daß er, er möge bonorum possessio secundum tabulas, oder missio in possessionem nachsuchen, gleich anfangs seinen Entschluß über die Wahl kund geben soll.“ Vgl auch die L. 7 C. Theod. de cod. 4, 4.

VI.

Ferner ist dabei streitig, wie es sich mit dem Wahlrecht des Honorirten in der L. 8 cit. verhalte.

Einige meinen, an eine außergerichtliche Wahl sei der Honorirte nicht gebunden, indem die Anfangsworte des Gesetzes: si quis agere ex testamento etc., die Fassung des dispositiven Theils der Verordnung: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis etc., und endlich der Schlußsatz: ita ut sive bonorum possessionem ... petierit etc., als entscheidend in Betracht kämen.

Donellus in Comment. in Cod. ad L. 8 pr. de cod. (p. 480).

Andere gehen noch weiter und meinen (bei Gelegenheit des bekannten Städel'schen Processes), die Administratoren der Städel'schen Stiftung seien dadurch, daß sie Immission nachgesucht und erhalten, und als Beklagte die directe Erbschaft für die Stiftung beansprucht hätten, nicht verhindert, später, bei etwaigem Verluste dieses ersten Processes, das Städel'sche Vermögen als Universalfideicommiß von den Intestaterben einzuklagen, indem nach den Worten der Theodosischen Verordnung der Honorirte nur durch Erhebung der Klage gebunden sei, und dies als jus singulare auf andere Fälle nicht übertragen werden dürfe.

Mühlenbruch, rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (1813) S. 280. Nr. 2.

Hiergegen siehe insbesondere

Seuffert, einige Bemerk. üb. die Codicillarclausel u. Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städel'schen Beerbungsfall (1828) S. 3.

Andere meinen, hier, wie bei allen alternativen Rechten, sei schon die außergerichtliche Wahl bindend.

Mackeldey, Lehrb. §. 704. Not. f.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479. Not. s u. t.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 932. S. 385. Anm. 3.
Göschen, Vorles. §. 1005. S. 564. Nr. 4.
Sintenis, Civilr. §. 208. S. 710.
Arndts, Lehrb. der Pand. §. 546. c u. d.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 283 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 997.

Präjudiz 1.

Nach C. 8 de codicillis kann sich derjenige, welcher mit den aus einem Testamente hergeleiteten Ansprüchen abgewiesen ist, später nicht auf die demselben beigefügte Codicillarclausel berufen. Es ist aber diese Vorschrift, von welcher schon im römischen Rechte Ausnahmen zu Gunsten gewisser dem Erblasser nahe verwandten Personen gemacht sind, stricte zu interpretiren und auf Fälle zu beschränken, in welchen sich ein Honorirter auf die Codicillarclausel beruft, **nachdem** er mit seinen Ansprüchen aus der directen Einsetzung abgewiesen worden. Demzufolge fällt es nicht unter diese Vorschrift, wenn ein Streittheil in **derselben** Schrift die Giltigkeit der letztwilligen Disposition als Testament und eventuell, jedoch gleichzeitig als Fideicommiß kraft der Codicillarclausel nachzuweisen gesucht, und daher das dem .... Erben zustehende Recht zu wählen, ob er die letztwillige Verfügung als Testament oder Codicill anerkennen will, bisher nicht ausgeübt, sondern die Wahl gleichsam dem Richter überlassen hat.

Erk. des holstein. Obergerichts, bestätigt vom OAG zu **Kiel** vom 7. Febr. 1849.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 204.

Präjudiz 2.

Oberstrichterlich war ausgesprochen, daß der Wirksamkeit der Codicillarclausel nicht entgegenstehe, daß die — im Besitze des Nachlasses verbliebene, auf Herausgabe desselben belangte, — **Beklagte** durch ihre principale Vertheidigung auf die Klage erklärt habe, auf Grund des (mit der Codicillarclausel versehenen) Testaments **als Erbin** zu besitzen, indem die Vorschrift der C. 8 de codicillis 6, 36 auf den **Beklagten**, welcher zu seiner Vertheidigung auf eine letztwillige Verfügung principaliter als Testament und nur eventualiter als Codicill sich berufe, keine Anwendung finde.

Erk. des OAG. zu **Celle** vom 21. März 1854, in S. des Bösch'schen Vormundes c. die unverehelichte Anna Balk.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 71.

VII.

Ferner ist dabei streitig, ob nur eine mit klarer Einsicht in die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des einzelnen Falls verbundene, oder ob auch eine im Irrthum vorgenommene Wahl als verbindlich angesehen werden könne.

Einige meinen, dem in einem factischen Irrthume befindlichen Honorirten müsse ohne Weiteres geholfen werden, quia facti interpretatio plerumque et prudentissimos fallit, und ea, quae postea emergunt, auxilio indigent, indem die auf eine interrogatio in jure vom Befragten aus Irrthum ertheilte Antwort, daß er Erbe einer bestimmten Person sei, unverbindlich sei, wenn das Gegentheil aus später entdeckten Thatsachen hervorgehe, L. 2 D. 22, 6. L. 11. §. 8 D. 11, 1.

Donellus, Comm. in Cod. ad L. 8 pr. cit.

Andere meinen, nach obiger Erklärung habe der Kaiser offenbar nichts Neues bestimmt. Denn schon nach allgemeinen Grundsätzen stehe fest, daß der Honorirte, welcher mit der Giltigkeit seiner Erbeinsetzung bekannt, doch sich für das Universalfideicommiß erklärt, dadurch stillschweigend die testamentarische Erbschaft ausschlage (L. 17. §. 1 D. 29. 2), und daß er dagegen auf das Universalfideicommiß verzichtend anzusehen sei, wenn er, mit dessen Giltigkeit bekannt, dennoch die damit im Widerspruch stehenden Ansprüche als directer Erbe aus dem nichtigen Testamente geltend mache (L. 8 D. 5. 3). Dagegen könne in diesen Fällen von der Annahme eines Irrthums des Honorirten keine Rede sein, weil der Honorirte dann den Willen zum Aufgeben von Rechten gar nicht habe, und er müßte deshalb nach entdecktem Irrthum das ihm wirklich deferirte Recht statt des irrthümlich gewählten in Anspruch nehmen können (L. 17 pr. §. 1 D. 29, 2. L. 5. §. 1. L. 24 D. 34, 9). Wollte daher der Kaiser etwas Neues bestimmen, so habe er gerade in diesen Thatbestand eingreifen müssen. Dann beschränke sich der eigentliche Kern der Verordnung auf die Fälle, wo der Honorirte aus Irrthum statt des ihm deferirten Rechts das nicht deferirte gewählt habe. Nur in **einem** Falle sei die Ansicht der Gegner (Donell's) zu billigen. Habe nämlich der Honorirte von der Verfügung der Codicillarclausel im Testamente, z. B. wegen Auslassung der die Clausel enthaltenden Stelle in der ihm mitgetheilten Abschrift des Testaments, aus Versehen nichts gewußt, und habe als directer Erbe angetreten, so stehe ihm diese Antretung nicht im Wege, wenn er später die Nichtigkeit des Testaments entdecke

und sich noch an das Universalfideicommiß halten wolle. Die Antretung sei hier nicht als Ausübung des Wahlrechts anzusehen, weil nach der Sachlage dem Honorirten nicht einmal die Möglichkeit, daß er noch auf einem anderen Wege zum Ziele gelangen könne, vorschweben konnte.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 281 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 998.
Sintenis, Civilr. §. 208. S. 710.
Arndts, Lehrb. der Pand. §. 546. c u. d.

Vergl.

Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 9. S. 154 f.
Francke im civil. Archiv Bd. 19. S. 210 f.

VIII.

Ferner ist dabei streitig, ob und wie weit in der heutigen Praxis die Bestimmungen der L. 8 cit. anwendbar seien.

Einige meinen, die Bestimmung der L. 8 cit. sei bloß eine Folge der älteren bestimmten Form des Ausdrucks und der darauf eingeschränkten Wirkung der Testamente, womit die Anwendbarkeit in unseren Gerichten hinwegfalle.

J. H. Böhmer, diss. de verbis directis et obliquis §. 15.
Böhmer, exercit. ad P. 1. 116.

Andere meinen, die Praxis habe das Gesetz so viel wie möglich einschränkend auszulegen versucht.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 288.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 999.

Andere meinen, die wesentliche Verschiedenheit zwischen Testament und Codicill und die Verschiedenheit der Wirkungen, indem im Fall eines Codicills dem Intestaterben die falcidische und trebellianische Quart, und wenn er Notherbe ist, auch der Pflichttheil gelassen werden müsse, bestehe noch heutzutage.

Höpfner, Institut. §. 628. Not. ult.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 816.

Präjudiz 1.

So wenig es nach dem Inhalte der Bl.... ersichtlichen Schrift bezweifelt werden mag, daß deren Urheber dabei die Absicht hatte, seinen dereinstigen Nachlaß den Klägern zuzuwenden, und daß er diese Zuwendung, dafern sie wegen Mangels an Beobachtung der bei Errichtung letztwilliger Dispositionen nöthigen Form nicht als Verfügung auf den Todesfall bestehen könnte, doch als Schenkung unter den Lebenden betrachtet und aufrecht erhalten wissen wollte, ebenso zweifellos ist es andererseits, daß diesem letzteren Wunsche nicht entsprochen werden kann, und die dem Testamente beigefügte Clausel eine völlig wirkungslose ist. Eine Verfügung auf den Todesfall, nach welcher der Honorirte erst nach dem Tode des Verfügenden ein Recht erwerben soll, kann nicht zugleich ein Vertrag unter den Lebenden sein, wodurch der Eine dem Anderen sofort ein unwiderrufliches Recht einräumt. Der Inhalt der Schrift lehrt ganz unwidersprechbar, daß S. nicht im Entferntesten daran dachte, sein Vermögen bei seinem Leben wegzugeben, es den Klägern zu schenken und ihnen ein unwiderrufliches Recht daran zu ertheilen, sondern daß er eben nur über das nach seinem Tode vorhandene Vermögen, über seinen Nachlaß, zu Gunsten der Kläger eine letztwillige, widerrufliche Verfügung treffen und den Klägern ein erst von seinem Tode abhängiges Recht zugestehen wollte. Dies erkennen die Kläger in ihrem Vorbringen selbst an.

Die Clausel, es sollte das Testament eventuell als Schenkung unter den Lebenden gelten, würde zu der gewünschten Wirkung nur dann haben führen können, wenn der Testator bei seinem Leben wirklich einen Schenkungsvertrag mit den Klägern abgeschlossen und mittelst desselben ihnen ein unwiderrufliches Anrecht auf sein Vermögen, gleichviel unter welchen speciellen Bestimmungen über dessen Benutzung bis zum Tode des Schenkgebers, eingeräumt hätte.

Der Bl... bezogene Satz, daß im Zweifelsfalle keine Schenkung auf den Todesfall, sondern eine Schenkung unter den Lebenden zu präsumiren sei, kommt hier um deswillen nicht in Betracht, weil eben darüber, daß der verstorbene S. letztwillig verfügen, nicht bei seinem Leben sein Vermögen verschenken wollte, kein Zweifel obwaltet. Sogar, wenn anzunehmen wäre, es habe in der Absicht S.'s gelegen, unwiderruflich sein Vermögen den Klägern zu schenken, würde denselben ein rechtlicher Anspruch auf das Vermögen S.'s nicht zustehen, weil es, wie bereits die vorigen Instanzen den Klägern richtig eingehalten haben, an der zu dem Wesen des Schenkungsvertrages gehörigen Acceptation Seiten der Schenknehmer bei Lebzeiten des Schenkgebers mangelt und eine erst nach dem Tode des Schenkgebers erklärte Acceptation wirkungslos ist.

v. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4. S. 151.
Curtius, Handbuch des Civilrechts Thl. 3. §. 1331. Not. b. Ausg. v. Schwarze.

Die Bl... berufene Entscheidung (Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1842. S. 161 f.) besagt hierüber nichts; aus dem im alleg. Wochenblatte, Jahrg. 1844. S. 386 f. abgedruckten Erkenntnisse vom 14. December 1843 in der Walter'schen Nachlaßsache ergiebt sich aber, daß auch das OAG., sowie das vormalige AG. die Erfolglosigkeit einer erst nach dem Tode des Schenkgebers von dem Beschenkten erklärten Annahme als nicht bestreitbar erachtet habe.

Urtheil des OAG. Dresden in der Saal'schen Edictalsache, vom Monat Februar 1853.
Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 12. H. 4. Nr. 39. S. 381 f.

Vergl. die Präj. zu Contr. 6.

IX.

In der L. 8. §. 2. C. de codic. 6, 36 ist bestimmt, daß Ascendenten und Descendenten unter Umständen von den im prooemio des Gesetzes enthaltenen Bestimmungen nicht getroffen werden sollen. Streitig ist der Umfang und die heutige praktische Bedeutung dieser Verordnung.

Einige meinen, der Kaiser habe die Befreiung dieser Verwandten von der gesetzlichen Bestimmung nur in dem einen Falle ausgesprochen, wenn der eingesetzte Erbe sich für das directe Erbrecht entschieden habe, und später zu dem Universalfideicommisse seine Zuflucht nehmen wolle. Den umgekehrten Fall, wo nach vergeblich in Anspruch genommenem Fideicommisse das directe Erbrecht geltend gemacht werde, habe der Kaiser nicht berührt, und auf diesen Fall sei daher das Gesetz nicht zu beziehen.

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Abth. 3. S. 97. Not. 3.

Andere meinen, die ratio legis passe auf den im Gesetze nicht berührten oben erwähnten Fall in noch stärkerem Maße, und wir müßten die specielle Hervorhebung dieses einen Falles nur einer ungenauen Fassung zuschreiben. Dazu seien wir um so mehr berechtigt, da der Kaiser auch im Anfange dieses prooemii nur denselben hier allein hervorgehobenen Fall ausdrücklich erwähne, und später doch so allgemein von einem Wahlrechte rede, daß dasselbe auf beide Fälle bezogen werden müsse.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 291.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 999.
Mackeldey, Lehrb. §. 704. Not. f.
Schweppe, röm. P.-R. §. 932.
Göschen, Vorles. §. 1005.
Sintenis, Civilr. §. 208.
Arndts, Pandekten §. 546.

Andere beziehen die Beschränkung auf gewisse Grade — nämlich wenn sie im Bande der Agnation mit dem Erblasser stehen, bis zum vierten Grade, wenn im Cognationsverhältniß, bis zum dritten Grade einschließlich — nur auf die Descendenten, lassen aber das Gesetz für die Ascendenten in infinitum wirken.

Mackeldey, Lehrb. §. 704.
Hartitzsch, röm. Erbrecht S. 493.
Roßhirt, Vermächtnisse Th. 1. S. 65.

Andere wollen, daß alle Verwandten bis zum fünften Grade einschließlich von dem obigen Gesetze ausgenommen seien.

Puchta, Vorlesungen Th. 2. S. 436.

Andere fassen das Gesetz so auf, daß Ascendenten und Descendenten, und zwar, wenn sie im Bande der Agnation mit dem Erblasser standen, bis zum vierten Grade, wenn im Cognationsverhältniß, bis zum dritten Grade einschließlich von der im Proömio des Gesetzes enthaltenen Verordnung nicht betroffen werden sollten. Die Gradbeschränkung nämlich folge nicht als unmittelbarer Zusatz zu dem Worte liberi, sondern sei Apposition zu dem ganzen Satze si quis etc., in welchem parentes ac liberi das Subject bilden.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479.
Valett, prakt. Pandektenrecht §. 1186.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Abth. 3. S. 98.
Lang, Lehrb. der Institut. §. 438.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 295.

Andere ziehen die praktische Gültigkeit des gedachten Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten in Zweifel.

Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 13.

Siehe hiergegen
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 296.
v. Buchholtz, jurist. Abhand. Abth. 3. S. 97 f.

X.

Streitig ist, welches die Wirkung der Codicillarclausel sei, wenn der Erblasser zwei Testamente errichtet, dem ersten die Codicillarclausel hinzufügt, in dem zweiten aber sich nicht darüber erklärt, ob das frühere als Codicill gelten solle.

Einige meinen, das erste Testament trete als testamentarisches Codicill, kraft der darin enthaltenen Codicillarclausel mit und neben dem zweiten Testamente ins Leben, weil der Fall unter die allgemein lautenden Worte der dem ersten Testamente hinzugefügten Codicillarclausel subintelligirt werden müsse, arg. L. 2 C. de codicill. Denn das neue Testament könne durch seine bloße Existenz nicht eine Bestimmung beseitigen, welche dem allgemeinen Wortlaut nach, auch mit für den Eintritt dieser neuen testamentarischen Erbfolge bestimmt sei.

Giphanus, explan. leg. diffic. Cod. ad L. ult. C. de codic. T. II. p. 136.
Struv, syntagm. jur. civ. exerc. 34. th. 68.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 22. not. 9.

Andere meinen, das erste Testament sei nichtig; denn man müsse vermöge einer Restrictivinterpretation der allgemein lautenden Worte der Codicillarclausel annehmen, daß der Erblasser von Anfang an nicht die Absicht gehabt habe, die Codicillarclausel auch für diesen Fall wirken lassen zu wollen. Wir könnten nämlich mit Sicherheit annehmen, daß derselbe durch Hinzufügung der Codicillarclausel dem Testamente nur Schutz gegen solche Umstände habe verleihen wollen, welche dasselbe unabhängig von seinem Willen vernichten. Es sei nicht wohl denkbar, daß er das Testament im Voraus gegen seine eigenen späteren Handlungen habe in Schutz nehmen wollen; dies sei auch überflüssig, denn der Testator habe es ja in seiner Hand, das ältere rumpirte Testament in jedem Augenblick durch eine gehörige Erklärung in oder außerhalb des neuen Testaments in ein Codicill zu verwandeln. Vergl. auch L. 19 pr. D. de test. milit. 29, 1.

Ein Gleiches sei auch anzuwenden, wenn das alte Testament bloß durch eine in gehöriger Form vorgenommene Verbalrevocation oder durch Realrevocation, z. B. durch Zerstören, Durchstreichen u. s. w. aufgehoben sei.

Hommel, Rhapsod. obs. 700. Nro. 11.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1516.
Haubold ad Berger. lib. 2. tit. 4. th. 22. Not. 9
Thibaut, System §. 936. Not. b.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 932.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 54.
v. Vangerow, Pand. §. 527. Not. 2. Nr. 3.
Schilling, Pandektenrecht §. 569.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 806.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 10.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 305 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1002.

XI.

Streitig ist, ob die Codicillarclausel wirksam sei, wenn das Testament destitut wird.

Einige meinen, nach den Aussprüchen in L. 6 pr. D. si quis omissa 29, 4. L. 14 C. de fideicomm. 6, 42 u. L. 1 C. de fideicomm. libert. 7, 4 sei es nicht zweifelhaft, daß der Wirksamkeit der Codicillarclausel kein Hinderniß entgegenstehe. Es verstehe sich bei dieser Wirksamkeit der Codicillarclausel zwar von selbst, daß, wenn die eingesetzten Erben nicht antreten können, z. B. weil sie gestorben sind, oder die Erbfähigkeit verloren haben, eine Umwandelung der Erbeinsetzungen in Universalfideicommisse nicht stattfinden könne; daß aber die eingesetzten Erben, wenn sie die Erbschaft nur ausschlagen, ihren Erbtheil immer noch im Wege des Universalfideicommisses fordern können.

Kind, quaest. forenses T. 1. qu. 49.
Höpfner, Instit. §. 523. Anm. 2 a. E.
Thibaut, System §. 936.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 785.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 74.
Seuffert, Pandektenrecht §. 602.
Valett, Pandektenrecht §. 1185.
Schweppe, röm. P.-R. §. 932.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 54.
v. Vangerow, Pand. §. 527. Not. 2.
Schilling, Pandektenrecht §. 569.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 10.
v. Hartitzsch, Entscheidungen Nr. 87. S. 81.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 308 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1003.

Andere stellen die Wirksamkeit der Codicillarclausel für den Fall der Destitution in Abrede, weil die im Testamente enthaltene Codicillarclausel ein codicillus a testato sei, und daher mit dem Testamente fallen müsse.

Küstner u. Richter, diss. de legatis ex testamento, cui clausula codicillaris inest, destituto non praestandis (1746).

Vergl. auch

Elvers, allgem. jurist. Zeit. 3. Jahrg. (1830) Nr. 59. S. 235—237.

Hiergegen siehe die Widerlegungen bei

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 314—322.

Präjudiz 1.

Der Tischler Bösch zu Barnkrug hatte in einer letztwilligen Disposition, welcher die Codicillarclausel hinzugefügt war, bestimmt: daß seine Haushälterin Balk, mit welcher er längere Zeit in außerehelicher geschlechtlicher Verbindung gelebt, sein ganzes Vermögen also und dergestalt haben solle, daß sie bis zu ihrem Tode mit demselben als mit ihrem Eigenthum schalten und walten könne; daß nach dem Tode der Balk dagegen sein Vermögen den mit dieser erzeugten unehelichen Kindern, sowie seiner (in einer früheren, später aufgelösten Ehe geborenen) ehelichen Tochter zu gleichen Theilen anheimfallen solle.

Nach dem Lande des Bösch trat der für die eheliche Tochter desselben bestellte Vormund gegen die im Besitze des Nachlasses verbliebene Balk mit einer Klage auf, in welcher er die fragliche letztwillige Disposition nicht allein als formell nichtig, sondern — wegen Verletzung der Vorschriften der Nov. 115 — als materiell nichtig anfocht.

In höchster Instanz wurde das Bösch'sche Testament als solches für formell nichtig erklärt; die behauptete materielle Nichtigkeit kam deshalb nur insoweit in Betracht, als es sich darum handelte, ob sie nicht der Wirksamkeit der Codicillarclausel im Wege stehe.

Offenbar nahm das höchste Landesgericht dies nicht an, indem dasselbe aussprach, daß es auf den angeführten materiellen Nichtigkeitsgrund überall nicht ankomme, da die fragliche, angeblich gegen die Vorschriften der Nov. 115 verstoßende Dispositian mit den gesetzlichen Formen eines Codicills versehen sei und deshalb die Beklagte berechtigt erscheine, auf Grund der Codicillarclausel als Fideicommiß — nach den gesetzlichen Abzügen — dasjenige in Anspruch zu nehmen, was ihr in der letztwilligen Verfügung zugewandt worden.

Erk. des OAG. zu Celle vom 21. März 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 70.

XI b.

Ueber die Frage, ob die Clausel in einem letzten Willen, daß derselbe eventuell als Schenkung unter Lebenden gelten solle, Wirkung haben könne,

vergl. die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe in Präj. 1 zu Contr. 8 S. 79.

XII.

Streitig ist, ob die Codicillarclausel wirksam sein könne, wenn das Testament aus Gründen des Notherbenrechts hinfällig ist, und zwar

A. ohne Rücksicht auf Nov. 115.

Einige meinen, wer mit der querela inoff. test. obsiegt, habe sich seinen Intestaterbtheil rechtsgiltig durch die Fiction des Wahnsinns des Erblassers erstritten. Vermöge dieser Fiction sei er natürlich auch nicht zur Erfüllung der ihm vermöge der Codicillarclausel auferlegten Lasten verbunden; denn ein furiosus könne auch kein Codicill errichten. Soweit daher Rescission des Testaments durch die querela inoff. test. erfolge, soweit sei die Codicillarclausel unwirksam, L. 13 D. 5, 2. L. 36 D. de leg. III.; nur bei partieller Rescission des Testaments erhalte der Querulant seinen gesetzlichen Erbtheil zwar frei von Lasten; allein soweit das Testament bestehen bleibe, seien natürlich auch die testamentarischen Auflagen zu erfüllen.

Francke, Notherbenrecht S. 416 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 368 f.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 338.
Heimbach im Rechtslexikan Bd. 10. S. 1005.
Thibaut, System §. 936.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 54.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 10.
und fast alle ältern und neuern Rechtslehrer.

Andere meinen, die Unwirksamkeit der Codicillarclausel, wenn sie auch nach dem Pandektenrechte anzunehmen sei, müsse doch nach dem Rechte des Coder bezweifelt werden, weil Intestatcodicille so aufzufassen seien, wie wenn der Erblasser seine Intestaterben gleichsam zu Erben eingesetzt hätte, Testamente aber, in welchen Pflichttheilsberechtigte zwar eingesetzt, der Pflichttheil aber verletzt sei, vollständig unwirksam seien. In Folge der L. 30 u. 32 C. de inoff. test. 3, 28 sei die Giltigkeit solcher Codicille, und daß sich die Vermächtnißnehmer nur den zur Ergänzung des Pflichttheils der Pflichttheilsberechtigten nöthigen Abzug hätten gefallen lassen müssen, nicht zu bezweifeln. Wenn hiernach Intestatcodicille ungeachtet der Verletzung des Pflichttheils giltig seien, so müsse dasselbe auch eintreten, wenn die in einem inofficiösen Testamente eingesetzten Erben sich für die Anwendbarkeit der Codicillarclausel entschieden, und dadurch das Testament in ein Intestatcodicill verwandelt hätten.

v. Vangerow, Pand. §. 527. Nat. 2. S. 457.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 154.

Siehe die Widerlegungen dieser Ansicht bei

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 341 f.

Präjudiz 1.

Ueber die Wirksamkeit der Codicillarclausel im Falle der Präterition eines Notherben sagen die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung: „Durch die 115. Novelle Cap. 3, worin präterirte oder injuste enterbte Notherben einander gleichgestellt werden, ist der color insaniae, auf welchem nach dem älteren Rechte die querela inofficiosi testamenti ruhte, aufgehoben, weil außerdem die Legate, Fideicommisse, libertates und tutoris datio, die in einem solchen Testamente enthalten sind, nicht für rechtsbeständig hätten erklärt werden können. Nur in Betreff der Erbeinsetzung ist das Testament allerdings nichtig . . . . . . Bestände jener color insaniae noch, so würde die dem Testamente beigefügte Codicillarclausel nichts wirken, weil sie einen Mangel von Seite der Person und Willensfreiheit des Testirers nicht ergänzen kann; allein mit dessen Aufhebung ist zugleich der Satz bestimmt, daß, insoweit die Rechte der Notherben auf den Pflichttheil unverletzt bleiben, der Wille des Testirers aufrecht erhalten werden müsse. Dieser ist durch die Codicillarclausel dahin ausgedrückt, daß die Erbschaft den eingesetzten Erben zufallen solle, wenn auch das Testament als solches nicht bestehen, also die Erbeinsetzung selbst nicht aufrecht erhalten würde. Der letztere Fall tritt bei der Präterition der

Notherben ein, und es kann daher der Nachlaß als directe Erbschaft allerdings nicht gefordert, wohl aber als ein den Notherben aufgelegtes Fideicommiß verlangt werden, da schon nach dem Rechte der Pandekten (fr. 2. §. 4 de jure codicill. 29, 7) der Grundsatz galt: hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur, salva ratione legis Falcidiae. Dieser Wille des Testirers muß um so gewisser aufrecht erhalten werden, da er über den Theil des Vermögens, welcher den Pflichttheil übersteigt, frei zu verfügen befugt ist. Auch der sächsische Gerichtsgebrauch neigt sich mehr auf Bestätigung des Satzes hin, daß durch die Codicillarclausel, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, wo von Seite der Person und Willensfreiheit des Testirers, oder in der Form des letzten Willens als Codicill betrachtet, sich ein Mangel vorfindet, ohne Unterschied, ob bloß in der äußern oder auch in der innern Solennität des Testaments, in der Erbeinsetzung, ein Fehler oder Mangel vorwaltet, das Testament in ein Codicill und Fideicommiß verwandelt und dem Intestaterben die Verbindlichkeit auferlegt werde, dem Testamentserben die ihm darin beschiedenen Vortheile deducta legitima als ein Fideicommiß auszuantworten ....."

Erl. des OAG. zu Dresden v. 2. Oct. 1844.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 355.

Präjudiz 2.

In Beurtheilung einer Rechtssache wurde hierüber geäußert ...... Die Codicillarclausel ist im vorliegenden Falle nicht etwa deßhalb für unwirksam zu achten, weil das Testament wegen Präterition von Notherben für nichtig erklärt wird, in Codicillen aber keine Erbeinsetzungen enthalten sein dürfen. Bei der Nichtigkeit des (in Frage befindlichen) Testamentes wird es so angesehen, als ob der Testirer ohne Testament, nur mit Hinterlassung eines Codicills gestorben sei; eine förmliche Erbeseinsetzung ist aber nur dann erforderlich, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hat. Demzufolge ist hier der letzte Wille kraft der Codicillarclausel als Fideicommiß aufrecht zu erhalten, und den Klägern gebührt nur die Trebellianische Quart, und nach C. 16 und 18 X. de testam. (3,26) der Pflichttheil.

Erl. des holsteinischen Obergerichtes, bestätigt durch Erk. des OAG. zu Kiel v. 7. Febr. 1819.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 205.

Präjudiz 3.

In einer letztwilligen, von sieben Zeugen unterschriebenen, aber nicht untersiegelten Privatdisposition war dem Schwiegersohne und der Tochter des Erblassers das ganze Vermögen zugewandt, dann aber bestimmt:

Mein Sohn Johann — soll noch an baarem Gelde 60 Rthlr. haben, welche ihm von meinem Schwiegersohn bezahlt werden sollen — auch keine anderweitige Ansprüche an meinen Nachlaß haben.

Der fraglichen Verfügung war die Codicillarclausel hinzugefügt.

Die Wirksamkeit dieser Clausel wurde in allen Instanzen, trotz des dagegen erhobenen Widerspruchs, anerkannt.

Das Mittelgericht entschied in dieser Beziehung:

Die fragliche letztwillige Disposition ist vermöge der angehängten Codicillarclausel als Codicill aufrecht zu erhalten. Die aus der Uebergebung eines Notherben für das Testament vorhandene Nichtigkeit steht um deswillen nicht entgegen, weil eben nach Bezugnahme auf die Clausel von Seiten der Honorirten das Testament quaest. als solches nicht weiter in Betracht kommt, vielmehr die Intestaterbfolge eintritt und die Verfügungen der letztwilligen Disposition als Fideicommiß aufrecht erhalten werden.

Das höchste Landesgericht bestätigte diese Entscheidung:

da die in der beigebrachten letztwilligen Verfügung enthaltene eventuelle Bestimmung und Codicillarclausel bewirkt, daß diese Verfügung, welche wegen Mängel in der Form als Testament nicht bestehen kann, als Intestatcodicill, und die darin enthaltenen Anordnungen so weit aufrecht erhalten werden, als sie in einem Codicill getroffen werden konnten

Erk. des OAG. zu Celle v. 3. Febr. 1832, i. S. Klein w. Schlüter et uxorem, geb. Klein, wegen Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 274.

Präjudiz 4.

... Aber auch der von der zweiten Instanz dargelegten Ansicht, daß, selbst wenn anzunehmen wäre, es seien die Enkel übergangen worden, die letztwillige Verfügung doch aufrecht zu erhalten sein würde, weil ihr die Codicillarclausel beigefügt ist, hat man beizupflichten, indem sie nach dem Zeugnisse der allegirten sächs. Rechtslehrer, insonderheit

Kind's in quaest. for. I. 50. pag. 364. ed. 2.

wenigstens den Gerichtsbrauch in Sachsen für sich hat. Zwar könnte ein Zweifel davon entlehnt werden, daß in der letztwilligen Verfügung nicht die Worte: „sie solle eventuell als Codicill gelten," sondern diese gebraucht sind:

„dafern sie nicht als ein gesetzlich aufgerichtetes Testament und resp. Erbvertrag gelten sollte, wollen wir ihr dennoch die Kraft einer Schenkung unter den Lebenden oder auf den Todesfall, oder eines andern in den Rechten befreiten letzten Willens oder sonstigen Vertrags beilegen."

Allein es drücken diese Worte unbestreitbar dieselbe Absicht aus, welche durch die Worte: „die Verfügung solle als Codicill gelten" (ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere, L. 8. §. 1 C. de codicill. 6, 36) kund gegeben wird. Eine wörtliche Formel, mit welcher diese Absicht ausgesprochen werden müsse, ist in den Gesetzen nicht vorgeschrieben. (cfr. L. 29. §. 1 D. qui testam. fac. poss. 28, 1. L. 88. §. 17 D. de leg. II. Hommel, obs. 380. Sickel, Pr. Einert, de vi claus. cod. in testam. nullo. Lps. 1825. f. § 2.)

Urthel des OAG. Dresden vom August 1854, in S. Pohle's und Cons. gegen Freihoff.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 13. Nr. 205. S. 533 f.

B. mit Berücksichtigung der Nov. 115.

XIII.

Hierbei ist vorauszuschicken, daß nach Nov. 115. c. 3 u. 4 alle Bestimmungen des Testaments, außer der Erbeinsetzung, aufrecht erhalten bleiben. Streitig ist nun, ob der verletzte Notherbe in Folge der Codicillarclausel verpflichtet sei, seinen Intestaterbtheil als Universalfideicommiß, nach Abzug des Pflichttheils, resp. der quarta Trebell., an die in dem fraglichen Testamente eingesetzten Erben zu restituiren.

Einige meinen, über diese Frage gewähre uns die Nov. 115 direct und unmittelbar keinen Aufschluß, da in derselben von der Codicillarclausel keine Rede sei. Allein wenn Justinian in L. 31 C. de fideicomm. den präterirten und auch sonst nicht honorirten Notherben von der Verpflichtung, die ihm namentlich auferlegten Fideicommisse zu zahlen, freispreche, weil der Sohn injuria affectus und es unbillig sei, den injuria affectus für den Fall des Eintritts der Intestaterbfolge zu oneriren, so sei dieser Grund nach Nov. 115 noch gerade so gut vorhanden, wie vorher, und müsse sogar jetzt, wegen des auch den Ascendenten beigelegten Notherbenrechts eine erweiterte Anwendung finden. Justinian ändere allerdings das frühere Recht insoweit, als die nicht auf die Erbeinsetzungen bezüglichen Bestimmungen des Testaments kraft Rechtsvorschrift bestehen bleiben sollten. Allein rücksichtlich der Erbeinsetzung habe er keine Aenderung vorgenommen, es müsse also beim alten Rechte in dieser Beziehung verbleiben, nämlich daß der verletzte Notherbe, soweit er nicht, wenn auch nur titulo singulari honorirt ist, nicht gezwungen werden könne,

seinen Erbtheil als Universalfideicommiß herauszugeben.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 346.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1008.
und die übrigen meisten Anhänger des sog. Derogationssystems.

Andere erklären die L. 31 C. de fideic. aus dem Grundsatze: Wer nicht honorirt ist; könne auch nicht onerirt werden; desgleichen die L. 31 cit. behandle nur die Frage, ob der emancipirte exheredirte Sohn mit einem Fideicommisse onerirt werden könne, sowie daß der exheredirte Sohn sich bei der Exheredation beruhige; und so gelangen diese Ausleger zu dem Resultate, daß die Codicillarclausel wirksam bleibe.

Brunnemann in Codicem ad L. 31 C. cit. Nro. 4 u. 5.
Donellus, Comm. ad tit. Cod. de fideicommiss. p. 524.

Andere, welche auch bei De- und Ascendenten in mehr oder minder beschränktem Umfange noch die querela inoff. test. zulassen, haben in solchen Fällen dennoch die Codicillarclausel für wirksam erklärt, weil Justinian die Aufrechthaltung der Vermächtnisse u. s. w. kraft Rechtsvorschrift festgesetzt, und damit den color insaniae, welcher allein der Codicillarclausel im Wege gestanden, aufgehoben habe.

Günther, princip. jur. Rom. T. II. §. 801.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 479.
Strippelmann, neue Sammlung der Entsch. des OAG. zu Cassel Bd. 2. Nr. 56. S. 234 f.

Andere, welche in mehr oder weniger Fällen eine wirkliche Nullität, resp. Ruption eintreten lassen, erklären fast alle in diesen Fällen die Codicillarclausel für giltig. Sie führen als allgemeine Gründe dafür an, daß unter diesen Umständen von einem nur für die querela inoff. test. eingeführten color insaniae nicht die Rede sein könne, und daß, da der Erblasser die Notherben in einem gewöhnlichen Intestatcodicille, unbeschadet ihres Pflichttheils, oneriren könne, ihm dies auch eventuell durch Hinzufügung der Codicillarclausel gestattet sein müsse; außerdem berufen sie sich auf L. 24. §. 11 D. de fideic. libert.

Francke, Notherbenrecht S. 416 f.
v. Vangerow, Pand. §. 527. Not. 2.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 10.
Degener in Gießer Zeitschr. Bd. 18. Nr. 13. S. 403 f.

Andere, welche in den betreffenden Fällen noch nach der Nov. 115 die bon. poss. contra tabul. fortdauern lassen, meinen, daß die Codicillarclausel auch in diesem Falle ihre gewöhnliche Wirksamkeit ausüben müsse.

Chifletius, de jure fideicomm. lib. 3. cap. 11.

Andere berufen sich für die Giltigkeit der Codicillarclausel im Fall der Ruption des Testaments durch agnatio postumi auf L. 24. §. 11 D. de fideic. libert., statuiren jedoch eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Erblasser den postumus irrthümlich präterirt habe, z. B. wenn er gestorben sei, ohne Kenntniß von der Schwangerschaft seiner Frau gehabt zu haben, arg. L. 36. §. 2 D. de test. milit. 29, 1. L. 9. L. 10 C. eod. 6, 21. L. 30 C. de fideic. 6, 42. L. 43 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 8 C. de revocand. donat. 8, 56. L. 40. §. 3 D. de pact. 2, 14. L. 13. §. 6 D. de reb. dub. 34, 5. L. 7 D. si tab. test. null. 28, 6 und L. 7 D. de bon. damnat. 48, 20. In allen diesen in den Gesetzen angegebenen Fällen sei die Präsumtion anerkannt, daß der Erblasser Notherben, welche er nicht kenne, durch letztwillige Dispositionen nichts von ihrem Rechte entziehen wolle.

Merenda, contr. lib. 12. c. 45.
Gail, obs. lib. 2. obs. 114. §. 8.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 19.
Struv, synt. jur. exerc. 34. th. 65.
Stryk, usus mod. P. 29. 7. §. 12—14. u. de cautels testam. cap. 33. §. 48.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1516.
Thibaut, System §. 936.
Francke, Notherbenrecht S. 418.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 369. Bd. 42. S. 77 f.

Hiergegen siehe die Gegengründe bei

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 357 f.

Uebrigens haben Mehrere von dieser Ausnahme, in Folge einer präsumtiven voluntas, wieder Ausnahmen zugelassen, indem sie der Codicillarclausel doch Wirksamkeit zuschreiben, sobald es wahrscheinlich sei, daß dies dem Willen des Erblassers entspreche. So wenn z. B. Agnaten eingesetzt seien, und dem Erblasser später nur eine Tochter nachgeboren werde,

Menochius, de praesumtion. lib. 4. c. 32. Nro. 11.

oder wenn der Erblasser später nach der agnatio postumi noch längere Zeit gelebt habe, ohne das Testament zu ändern.

Müller ad Struv. exerc. 34. th. 65.
Stryk, de caut. test. c. 23. §. 484.

Siehe hiergegen

Francke, Notherbenrecht S. 421.

Andere haben die letztere Ansicht für die Giltigkeit der Codicillarclausel im Fall der Ruption des Testaments durch agnatio postumi und die daselbst gemachte Ausnahme auf den allgemeinen Grundsatz zurückgeführt, daß überall, wo ein Notherbe, auch ein lebender, aus Irrthum, z. B. wenn er von seinen Eltern fälschlich für todt gehalten werde, präterirt sei, die Codicillarclausel der Wirksamkeit entbehre.

Bartolus, Comment. in Infort. ad L. 1 D. de jure cod. Nro. 10 u. Comment. in Cod. ad Authent. Ex causa C. de liber. praet.

Siehe hiergegen und gegen die obenerwähnten Ansichten

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 346—363.

Präjudiz 1.

Das LG. zu Wolfenbüttel erkannte unterm 31. März 1840 in A.-S. Weinschenk c. Capelle:

Wenngleich durch das Vorhandensein eines Testaments der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge verhindert wird, so ist dennoch, wie sich von selbst versteht, hierzu ein zu Recht bestehendes Testament erforderlich. Daß ein Testament vorhanden, muß von der Partei, welche sich auf dasselbe berufen will, behauptet und nöthigenfalls erwiesen werden; wenn selbiges aber der äußeren Form nach rechtsgiltig ist, wird es vom Richter bis dahin, daß selbständige Thatsachen, welche die Wirksamkeit aufheben, insbesondere die Existenz übergangener Notherben, auf geeignete Weise geltend gemacht sind, um so mehr befolgt werden müssen, als die Berufung auf die aus solchen Thatsachen für die Parteien originirenden Rechte eine res meras facultatis ist. Diese Grundsätze folgen so unmittelbar

aus der Verhandlungsmaxime, daß sie selbst dann zur Anwendung würden kommen müssen, wenn man bei der Frage: welche Wirkung die Vorschriften der Nov. 115 auf die Rechtsbeständigkeit eines die Notherben übergehenden Testaments äußern, sich zu dem sog. Inofficiositätssysteme bekennt, und ein etwaiger Widerspruch derselben mit den Principien der querela inoffic. testamenti könnte nur ein Argument dafür sein, daß die Annahme des Nullitätssystems, — welchem durch so viel innere Gründe der Vorzug vor dem Inofficiositätssysteme gegeben wird —, auch unserem processualischen Verfahren ungleich entsprechender ist. Es ergibt sich daher, daß die Anstellung der hereditatis petitio ab intestato genügt, um den wider die Vorschriften der Nov. 115 in einem Testamente übergangenen Notherben zu ihrem Rechte zu verhelfen, und die Geltendmachung der Nichtigkeit des gegen sie von dem Beklagten allegirten Testamentes in der Replik eine mutatio libelli auf keine Weise enthält.

Die hiergegen gerichteten Ausführungen des Beklagten sind im Einzelnen durch den Kläger bereits widerlegt. Auch nach dem Nullitätssysteme wird zwar die vorhandene Nichtigkeit eines Testaments von den Parteien gerügt werden müssen, dies ist aber von dem Kläger in der Replik geschehen, und eines besonderen Antrags auf Rescission eines schon gesetzlich nichtigen Acts bedarf es nicht.

Wenn aber nur ein rechtsbeständiges Testament die in der Klage geltend gemachte Intestaterbfolge verhindern kann, so wird die von dem Beklagten sog. Einrede der unstatthaften Klage, in soweit sie die völlige Zurückweisung der klägerischen Ansprüche herbeiführen soll, durch des Beklagten Geständniß elidirt, daß der Kläger, dessen Notherbenqualität zu Tage liegt, und vom Beklagten nicht bestritten wird, in dem fraglichen Testamente präterirt wurde.

Es kommt daher darauf an, ob durch die vom Beklagten duplicando in Bezug genommene, dem Testamente angeblich hinzugefügte Codicillarclausel eine Aenderung bewirkt wird. Für verspätet kann dieses Vorbringen des Beklagten nicht erachtet werden, denn wenn Kläger die Nichtigkeit des Testaments nicht geltend machte, war die Clausel ganz unerheblich, und ebenso wie Kläger die Berufung auf die Nichtigkeit des Testaments bis zur Replik verschieben konnte, und wirklich verschoben hat, mußte es auch dem Beklagten unbenommen bleiben, auf die Codicillarclausel in der Duplik hinzuweisen. Gleichgiltig ist es dabei, daß eine rechtsbeständige Einsetzung des Beklagten zum Universalerben ihm ein directes Erbrecht verleihen würde, während durch die in der Duplik enthaltene Berufung auf die Codicillarclausel Beklagter zum Fideicommissar wird, da die Grundsätze über mutatio libelli keine Anwendung auf den Beklagten leiden, dem die Geltendmachung der die klägerischen Ansprüche ganz oder theilweise aufhebenden Thatsachen in der durch die Verhandlungsmaxime bestimmten Ordnung frei stehen muß.

Auch die Vorschrift der L. ult. C. de codicillis 6, 36 ist dem Beklagten nicht, wie Kläger meint, entgegenzustellen. Der Grund dieser Vorschrift liegt offenbar darin, daß, wer durch concludente Handlungen, namentlich durch Anstellung einer Erbschaftsklage, mit Bestimmtheit erklärt hat, Erbe sein zu wollen, oder umgekehrt dadurch, daß er ein ihm hinterlassenes Fideicommiß in Anspruch nahm, einen Anderen als Erben anerkannte, an diese Handlungen gebunden ist, und die Folgen derselben nur durch erwirkte Restitution aus dem Wege räumen kann, insofern er nicht zu den im §. 2 des angeführten Gesetzes erwähnten, mit dem Verstorbenen nahe verbundenen Personen gehört. Zweifelhaft könnte es schon sein, ob diese Vorschrift überall da Anwendung leidet, wo der rechtliche Grund einer Erbschaftsantretung insbesondere, wie im vorliegenden Falle, wegen Nichtigkeit der Erbeseinsetzung ganz wegfällt,

cf. L. 5. §. 1 D. de his quae ut indign. 34, 9.

L. 19 D. de inoff. test. 5, 2.

jedenfalls ist aber zur Wirksamkeit der L. ult. C. cit. enthaltenen Bestimmung erforderlich, daß entweder die von dem Honorirten über die Wahl abgegebene Erklärung eine rechtskräftige richterliche Entscheidung bereits herbeiführte,

Mühlenbruch, Pandektenrecht Th. 3. §. 686.

oder wenigstens die Erklärung selbst bestimmt genug ist, um über die Absicht des Honorirten keinen Zweifel zu lassen. Eine solche rechtskräftige richterliche Entscheidung ist bisher noch nicht erfolgt, und ebensowenig enthält die Vernehmlassung eine völlig bestimmte Erklärung des Beklagten in Betreff der Wahl, auch abgesehen davon, daß zu dieser Erklärung, insoweit sie einen Verzicht auf die aus der Codicillarclausel für den Beklagten originirenden Rechte enthalten soll, eine Specialvollmacht erforderlich gewesen sein würde. In der Vernehmlassung ist in der That nur auf das Factum Bezug genommen, daß die verstorbene Ehefrau des Beklagten diesen in dem fraglichen Testamente zum Universalerben eingesetzt habe, und der hieraus zunächst nur gezogenen Folgerung, daß Kläger erst das Testament aus dem Wege räumen müsse, ausdrücklich die Bemerkung hinzugefügt, es solle dahin gestellt bleiben, ob Kläger, jener testamentarischen Bestimmung ungeachtet, auf einen Theil des Nachlasses Anspruch machen könne; für den Fall, daß er dies durch Darlegung einer Nichtigkeit des Testaments thun wollte, müßten dem Beklagten seine Zuständigkeiten in salvo bleiben.

Die dem Testamente hinzugefügte Codicillarclausel würde aber bewirken, daß Kläger nur auf den Pflichttheil, die quarta Trebellianа, mithin auf $^{7}/_{12}$ seines Intestaterbtheils Anspruch machen kann; denn wenn gleich durch das Uebergehen eines Notherben nach der Nov. 115 die Nichtigkeit des Testaments quantum ad heredum institutiones herbeigeführt, und die testamentarische Erbfolge elidirt wird, mithin nunmehr Intestaterbfolge eintreten muß, so können dennoch daneben die dem Beklagten in dem Testamente seiner Ehefrau zugewandten Vortheile — insoweit sie nicht, einerseits ihm schon als Intestaterben zufallen, und andererseits Pflichttheilsrechte des Klägers nicht verletzen, — als Universalfideicommiß sehr wohl bestehen. In Folge der von der Testatrix hinzugefügten Codicillarclausel muß man die eventuelle Umwandlung der Erbeseinsetzung in ein Universalfideicommiß als von ihr beabsichtigt annehmen, und es tritt daher dasselbe Verhältniß ein, als wenn durch die in Intestatcodicillen angeordneten Vermächtnisse der Nachlaß erschöpft ist. In diesem Falle wird der Intestaterbe als solcher zwar Anspruch auf die quarta Trebelliana und als Pflichttheilsberechtigter nach canonischem Rechte außerdem auch auf den Pflichttheil haben, weiter kann er aber die letztwilligen Dispositionen nicht anfechten, und wenngleich nach dem Inofficiositätssysteme die Sache sich anders verhalten würde, weil ein homo quasi non sanae mentis zu jeder Willensbestimmung unfähig ist, also auch die Codicillarclausel seinem Testamente nicht wirksam hinzufügen kann, so fällt dennoch mit der Annahme des Nullitätssystems auch dieser Grund hinweg.

Francke, Notherbenrecht §. 33.

Pufendorf, obs. T. I. obs. 192. §. 1.

Thibaut, Pandektenrecht 8. Aufl. §. 936.

Wening-Ingenheim, Civilrecht Buch 5. §. 479 (116).

Die auf die Grundsätze des interdicti quod legatorum gestützten Bemerkungen des Beklagten können schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil nicht jenes Interdict, sondern die petitorische hereditatis petitio vom Kläger angestellt ist. Wenn nun auch die sententia a qua die Bezugnahme des Beklagten auf die Codicillarclausel unbeachtet gelassen hat, so müssen dennoch die hierauf gegründeten Ansprüche des Beklagten als aberkannt angesehen werden. Auch bedarf es einer Vernehmlassung des Klägers über die Behauptung des Beklagten, daß die Codicillarclausel dem Testamente hinzugefügt sei, nicht, da Kläger, nachdem er die Existenz des Testaments überhaupt geleugnet hat, auch die Hinzufügung der Codicillarclausel in Abrede stellen muß, und überdies über die Duplik hinaus nicht gehandelt werden soll.

Diesemnach ist die Entscheidung rc.

Das OAG. erkannte abändernd unterm 15. Oct. 1841:

Der Kläger war als Notherbe nach der Nov. 115. c. 3—5 von der Erblasserin — seiner kinderlos verstorbenen Tochter — in ihrem Testamente förmlich, und direct in seiner Person, einzusetzen oder auszuschließen. Ist nun dieses nach des Beklagten Eingeständniß nicht geschehen, so vermag die angebliche Codicillarclausel, wenngleich sie sonst wohl ein Testament als Codicill aufrecht erhält, doch hier nicht dem Mangel der Erbeinsetzung abzuhelfen, indem sie dem Notherben bloß als Fideicommissar gestattet, bei Restitution des ihm gebührenden Theils

der Erbschaft an den eingesetzten Erben seinen Pflichttheil abzuziehen, insonderheit weil nach der Nov. cit. c. 3 pr. verbunden mit c. 4 pr. der Notherbe nie im Testamente übergangen werden darf, wenn auch auf irgend sonstige Weise und namentlich per fideicommissum ihm sein Pflichttheil zugewandt wird. Konn demnach durch die Codicillarclausel das Testament, worin der Kläger übergangen ist, gegen ihn auch nicht als fideicommissarische Verfügung aufrecht erhalten werden, obschon ihm hierdurch sein Pflichttheil und noch die Trebellianische Quart zugewandt werden würde, so war auch nicht der Beweis des Testaments mit solcher Clausel dem Verklagten nachzulassen.

Aus diesen Gründen 1c.

Präjudiz 2.

Die Wittwe des Cantors Perl hat in erster Ehe von dem Schneidermeister Mumme zwei Söhne geboren, den Schneidermeister Carl Mumme und den schon lange abwesenden Schneidergesellen Julius Franz Mumme.

Noch ihrem Ableben ist ein von ihr eerichtetes Testament eröffnet worden, worin sie ihren hiesigen Sohn und ihre Schwester, die Ehefrau des Bürgers Theber, dergestalt zu ihren Erben eingesetzt, daß sie jedem bestimmte Gegenstände als Erbtheil angewiesen hat. Ihres abwesenden Sohnes ist in dem Testamente nicht gedacht.

Nachdem der hiesige Schneidermeister Mumme für seinen abwesenden Bruder zum Curator bestellt worden, nahm die Ehefrau des Theber gegen jenen die ihr in dem gedachten Testamente angewiesenen Sachen, als ihr vermacht, in Anspruch, wogegen derselbe sich unter anderem mit der exceptio inofficiosi testamenti zu schützen suchte, weil das Testament, worin der Erblasserin abwesender Sohn übergangen worden, als nichtig im ganzen Umfange sich herausstelle.

Domit verband er eine auf Aufhebung des Testaments und Verurtheilung der Klägerin zur Herausgabe mehrerer in ihrem Besitze befindlicher, zum Nachlasse qu. gehöriger Sachen gerichtete Widerklage.

Zugleich überreichte er als Curatar seines Bruders gegen die Theber eine Separatklage, worin er gleichfalls das Testament als inofficiosum onfocht, auf gänzliche Rescission desselben und auf Verurtheilung der Widerverklagten zur Herausgabe der in ihrem Besitze befindlichen, zu dem fraglichen Nachlasse gehörigen Gegenstände antrug.

Nachdem von den Parteien in beiden Sachen, und zwar auf Verfügung des Gerichts jede in denselben Schriften gehandelt hatte, erfolgte in erster Instanz ein Erkenntniß, wodurch das Testament in dem Maaße für ungiltig erklärt wurde, daß Klägerin die ihr darin zugesicherten Vortheile überall nicht verlangen könne, falls sie nicht beweise:

daß der abwesende Sohn der Erblasserin zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits todt gewesen.

In der zweiten Instanz wurde, mit Aufhebung dieses Erkenntnisses, Klägerin mit der von ihr angestellten Klage zugelassen, der Schneidermeister Mumme hingegen mit der für sich angebrachten Widerklage, sowie mit der als Curator seines Bruders eingereichten Separatklage zurückgewiesen. Dieser Ausspruch bildet jetzt die Beschwerde des Appellanten.

Was nun zunächst die Separatklage betrifft, so ist selbige, indem sie principaliter die gänzliche Ausschließung der als Miterbin instituirten Appellatin von dem Intestaterbtheile des übergangenen Notherben, accessorisch aber auch die Ausschließung derselben von dem Theil des Nachlasses bezweckt, den der Beklagte im Besitz hat, als gemischte Intervention zu betrachten, erscheint auch präjudiziell, weil von der Entscheidung darüber die Ansprüche der Klägerin gegen den Schneidermeister Mumme abhängig sind, und ist demnach deren Rechtszuständigkeit zunächst zu beurtheilen.

Diese Klage ist in der sent. a qua hauptsächlich deshalb zurückgewiesen, weil, wenngleich sowohl der Schneidermeister Mumme als die Theber, indem sie Beide in rebus certis als Erben instituirt worden, wirkliche Erben wären, mithin die Erbeinsetzung beider nach der Nov. 115. c. 3 u. 4 wegen des übergangenen Notherben ungiltig sei, dennoch der Klägerin, resp. Beklagten die dem Testamente hinzugefügte Codicillarclausel in dem Maaße zu Statten komme, daß ihre Erbeinsetzung als Vermächtniß bestehe, und solches von beiden Brüdern als Intestaterben ihr zu prästiren sei, welches auch durch den Umstand, daß die Erblasserin ihren abwesenden Sohn nicht wissentlich, sondern in der irrigen Meinung, er sei bereits todt, also ignoranter übergangen habe, nicht verändert werde.

Es ist jedoch, was den letzten Grund betrifft, worauf die Entscheidung beruht, in Ansehung der bestrittenen Frage: ob ein durch Uebergehung eines Notherben pflichtwidriges Testament durch die angehängte Codicillarclausel als Fideicommiß oder Vermächtniß auch dann erhalten werde, wenn der Notherbe nicht scienter, sondern ignoranter übergangen worden, — die verneinende Meinung aus folgenden Gründen für die richtigere zu halten.

Vor Allem ist dabei auf die natürliche Liebe der Eltern zu ihren Kindern und auf die daraus entspringende dringende Vermuthung, daß jene, welche in ihrem Testamente ein abwesendes Kind übergangen haben, wenn sie gewußt hätten, daß selbiges lebe, ihr Vermögen diesem Kinde nicht entzogen und einem Fremden zugewandt haben würden, ein großes Gewicht zu legen.

Diese natürliche Liebe der Eltern zu ihren Kindern ist auch in den Gesetzen bei ähnlichen Fällen vielfältig berücksichtigt, insbesondere in der L. 8 C. de revocand. donat. 8, 56, die Revocation der Schenkungen ob supervenientiam liberorum betreffend; ferner in der L. 30 C. de fideic., ja in den Gesetzen des älteren römischen Rechts wurden sogar die Eltern, welche ihr Vermögen ohne Grund ihren Kindern entzogen, und einem Fremden zugewandt hatten, den dementibus gleich geachtet.

Besonders aber sind in Hinsicht jener Frage die Worte des Paulus in der L. 36. §. 2 D. de testam. milit. entscheidend, wonach das sonst so sehr begünstigte Testament eines Soldaten mit den Legaten über den Haufen fällt, wenn er bei Errichtung des Testaments nicht wußte, daß seine Ehefrau schwanger sei, und deshalb irrthümlich sein nach seinem Tode geborenes Kind übergangen hat.

Diese Gründe werden auch durch die für die andere Meinung angeführten nicht gehoben.

Der Grund, daß die Nov. 115, um aus einem nach neuerem Rechte ungiltigen Testamente dennoch ein Legat gelten zu lassen, das Erforderniß der wissentlichen Uebergehung nicht aufstelle, deshalb nicht, weil in dem Gesetze eine Regel festgestellt ist, welche auf das, was aus der Natur der Sache und aus früheren Gesetzen von selbst folgt, nicht einwirken kann, und weil nicht anzunehmen ist, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, einen defectum in voluntate testatoris nicht beachten zu wollen. Der in der L. 28 D. de inoff. test. von Hadrian entschiedene Fall erläutert sich, wenn auf die zur Zeit Hadrian's in Ansehung der Succession der Kinder in das Vermögen der Mutter anders bestandene Successionsordnung zurückgegangen wird, und ohnehin ist es unsicher, aus der Entscheidung eines speciellen, vielleicht nicht vollständig vorgetragenen Falls eine allgemeine Norm herzunehmen, wenn eine solche Entscheidung mit den in anderen Gesetzen enthaltenen und der Natur der Sache entsprechenden Grundsätzen nicht zu vereinigen ist.

Es ist aber, was die zur Entscheidung vorliegende Sache betrifft, das Leben des Abwesenden so lange rechtlich zu vermuthen, als nicht dessen Tod bewiesen ist, mithin ist auch anzunehmen, daß die Erblasserin denselben in ihrem Testamente irrthümlich übergangen habe, falls nicht sein Ableben, vor Errichtung ihres letzten Willens, dargethan wird.

Wenn nun, wie vorhin ausgeführt worden, die in dem Testamente geschehene Erbeinsetzung der Theber durch die Codicillarclausel nicht in dem Maaße aufrecht zu erhalten ist, daß dieselbe den ihr angewiesenen Erbtheil als Fideicommiß oder Legat aufrecht erhalten kann, also gedachtes Testament ob defectum in voluntate testatoris für ganz ungiltig zu halten ist, so ist auch nach den Worten der Nov. 115. c. 3: testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, et c. 4: sed rescisso testamento iis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus, anzunehmen, daß, wenn der übergangene Notherbe das Testament im Allgemeinen als ungiltig angefochten hat, dasselbe in Rücksicht aller eingesetzten Erben ungiltig sei, also für alle Intestaterben, und nicht bloß für den siegenden Kläger die Intestaterbfolge eintrete.

Diesemnach hat die für den Abwesenden angestellte Klage in Hinsicht auf den nicht übergangenen hiesigen Sohn der Erblasserin, obgleich er für seine Person allein aus der Uebergehung seines Bruders weder eine Einrede noch eine Klage gegen die Theber ableiten konnte, die Folge, daß, indem das Testament als nichtig aufgehoben wird, er nun mit seinem Bruder dergestalt in den Nachlaß als Intestaterbe succedirt, daß selbiger unter sie beide gleich getheilt wird.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 20. Nov. 1827, in S. Mumme c. Theber.

Präjudiz 3.

Das OAG. Cassel erkannte unterm 29. Juni 1833, in S. Cloos c. seine Geschwister:

In Erwägung, daß — das fragliche, wegen Mangels der Angabe eines gesetzlichen Grundes der Ausschließung des Appellanten von der Erbschaft an sich ungiltige Testament wenigstens als Codicill aufrecht erhalten werden muß, da die Codicillarclausel ausdrücklich darin enthalten ist;

daß zwar bei einem inofficiösen Testamente, zufolge besonderer Vorschrift des gemeinen Rechts, die Codicillarclausel keine Wirkung haben soll, diese Vorschrift aber, welche darauf beruht, daß der Testator alsdann als wahnsinnig und daher zu keinerlei Art von Disposition fähig betrachtet wird, auf einen Fall, wo, wie im vorliegenden, das Testament auf Grund der Nov. 115 als ungiltig angefochten worden ist, keine Anwendung leidet, indem bei einem aus diesem Grunde ungiltigen Testamente die Fiction des Wahnsinns nicht stattfindet;

daß deshalb in Folge der Codicillarclausel der Intestaterbtheil des Appellanten als Universalfideicommiß an die Appellaten fällt, der Appellant jedoch berechtigt ist, hiervon sowohl die Trebellianische Quart, als auch den Pflichttheil zu verlangen;

daß ihm daher, wenngleich nicht die ganze Intestatportion, auf welche er seine Klagbitte gerichtet hat, doch auch nicht bloß die Trebellianische Quart, wie vom Gerichte voriger Instanz geschehen, zuzuerkennen ist; —

Strippelmann, neue Samml. Th. 2. S. 334.

Für die Bejahung der Frage haben sich erklärt:

1) die Wittenberger Facultät,
   Wernher, obs. for. Tom. II. obs. 414.
2) das geh. Obertribunal und die Gesetzcommission in Berlin,
   Behmer, jus controv. T. I. obs. 38.
   Klein, Annalen Bd. 1. S. 84. Nr. 23.
3) das OAG. in Cassel,
   Strippelmann, Bd. 2. S. 334.
4) in Dresden,
   Wochenbl. für merkw. Rechtsf. in Sachsen. Jahrg. 1850. Nr. 66. S. 305—311.
   Ackermann, Rechtssätze aus Erk. des OAG. Dresden Nr. 174.
5) die Erlanger Facultät,
   Geiger u. Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 3. Nr. 44. S. 246—254.

Für Verneinung der Frage:

1) die Leipziger Facultät,
   Kaestner, Progr. de clausula codic. defectum omissae heredis inst. non supplente (1729. p. 322. not. 69. §. 12).
2) das Stift Hildesheim'sche Hofgericht,
   Struben, rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 87 (in der Ausgabe von Spangenberg Th. 2. Bed. 313).
3) das OAG. zu Wolfenbüttel,
   Degener in Gießer Zeitschr. Bd. 18. Nr. 13.

Codicillarclausel, bei destituten Testamenten, s. Testamente, deren Richtigkeit c. 8.

Codicille.

D. J. Claproth, Abh. v. Testam. — Codicillen 13. Hauptstück §. 70—72.
Westphal, von Vermächtnissen rc. Bd. 2. §. 1873.
Roßhirt, Lehre v. Vermächtniss. Bd. 1. S. 1—73.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 670—681.
Arndts das. Bd. 6. S. 290.
Heimbach das. Bd. 10. S. 989.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 1 f.

I.

Ueber den Begriff Codicill — codicilli — herrscht Streit.

Die römischen Juristen des 16. Jahrhunderts stellten folgende Definition auf: intestati voluntas vel testamenti sequela minus solennis,

Cujacius ad L. 15 D. de jure cod. in tract. II. ad African.

oder

Codicilli sunt intestatorum vel testatorum voluntates quaedam nudae nullis subnixae solennibus juris.

Cujacius in Paratit. ad Cod. tit. de codic.

Andere definirten folgendermaßen: codicilli sunt voluntatis supremae imperfecta testatio de eo quod quis post mortem suam fieri velit non in hoc parata, ut esset testamentum.

H. Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 18.

Die neueren Juristen definiren das Codicill als eine Willensordnung, in welcher keine directe Erbeseinsetzung enthalten ist,

Höpfner, Institut. §. 621.
Thibaut, System §. 931.

oder als eine letztwillige Verordnung, welche kein Testament ist,

Mackeldey, Lehrb. §. 700.

Andere unterscheiden zwei Perioden: in der ersten Periode — von August bis Constantin — bedeute Codicill diejenige Urkunde, welche eine, die directe Erbfolge nicht berührende, letzte Willenserklärung enthalte; in der zweiten Periode — von Constantin bis Justinian — die in der gehörigen Form abgelegte, die directe Erbfolge nicht berührende letzte Willenserklärung.

Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 29.

Vergl. über den Begriff
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 3.
Göschen, Vorles. §. 784 u. 999.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 670 f.

II.

Streitig ist, welcher Unterschied zwischen Testament und Codicill bestehe.

Einige ältere Rechtslehrer stellen acht Unterschiede auf, nämlich: 1) hereditas dari non potest; 2) hereditas adimi non potest; 3) exheredatio fieri nequit; 4) conditio heredis institutioni adjici non potest; 5) substitutio fieri nequit; 6) in codicillis quinque testes sufficiant; 7) plures codicillos quis facere potest; 8) servus et filiusfamilias recte codicillos fecerunt, si duraverit voluntas post manumissionem.

Rolandinus Passagerius, tr. de codicillis (ex secunda parte florum testamentorum, in Nicol. Reusneri tractat. de codicillis. Jenae 1601 p. 165).

Andere, namentlich die französischen Rechtslehrer, meinen, daß der Unterschied zwischen Testament und Codicill durch Gewohnheitsrecht völlig beseitigt sei.

A. Perez, praelect. in Cod. tit. de codic. Nro. 11.
Huber, praelect. jur. Rom. ad tit. D. de jure cod. Nro. 1.
Voet, Comm. in P. 29. 7. Nro. 5.

Andere statuiren materielle und formelle Unterschiede; der materielle Unterschied werde durch die Rechtsparömie: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest ausgedrückt, und vermögr derselben könne in einem Codicille weder eine Institution, noch eine Vulgar- oder Pupillarsubstitution vorgenommen, noch eine Bedingung einer testamentarischen Erbeinsetzung hinzugefügt werden; ferner seien danach alle Verfügungen im Codicille nichtig, durch deren Aufrechthaltung die im Testamente ungiltig verliehene Erbschaft giltig vermacht würde. Ebenso könne die Erbschaft durch ein Codicill so wenig den Intestaterben wie den Testamentserben, auch nicht einmal auf indirectem Wege entzogen werden. Die formellen Unterschiede beständen bei Privatcodicillen darin, daß zwei Zeugen weniger als bei Testamenten ausreichten und die schriftlichen keine Unversiegelung bedürften und dergleichen.

Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 219 f.
Sintenis, Civilr. §. 208.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. §. 1511—1513.

Präjudiz 1.

In der Sache selbst leidet der Rechtssatz:

daß in Codicillen ein Erbrecht weder verliehen noch aufgehoben, also auch der durch Testament angeordneten Erbfolge keine Bedingung hinzugefügt werden könne,

an sich keinen Zweifel.

§. 2 Inst. de codic. 2, 35.
L. 10 D. de jure codic. 29, 7.
L. 7 C. de condit. 6, 36.
L. 27. §. 1 D. de cond. instit. 28, 7.

Es kann jedoch die Verbindungskraft der letztwilligen Disposition vom 1. März 1840 auf die eines Codicills nicht beschränkt, auch nicht dafür gehalten werden, daß durch solche Disposition die Erbeinsetzung, welche das Testament vom 19. April 1839 zu Gunsten der Beklagten enthält, einer Bedingung unterworfen worden sei.

Die Disposition vom 1. März 1840 ist in derselben Form — vor vollständig besetztem Gerichte — errichtet, wie das Testament vom 19. April 1839. Dieses konnte folglich rechtsgiltig aufgehoben oder abgeändert werden,

L. 2. L. 16 D. de injust. test. 28, 3.

und da der Testator zum gedachten Protocolle vom 1. März 1840 seinen letzten Willen, das frühere Testament theilweise abzuändern, erklärt hat, so ist solches nur in soweit bestehen geblieben, als dessen Bestimmungen durch ausdrückliche Genehmigung in die zweite letztwillige Disposition aufgenommen und übergegangen sind.

§. 2 u. 3 Inst. quib. mod. testam. infirm. 2, 17.
L. 12. §. 1 D. de injusto testam. 28, 3.
L. 29 D. ad SC. Trebell. 36, 1.

Denn nicht bloß seiner äußeren Form, sondern auch seinem Inhalte nach ist die zweite Disposition als ein eigentliches Testament zu beurtheilen, weil dem Testator freistand, dergestalt, wie geschehen, seinen letzten Willen durch Bezugnahme auf eine anderweite Erklärung zu erkennen zu geben, insbesondere hinsichtlich der Ernennung der Erben auf einen anderweiten Aufsatz zu verweisen.

L. 2. L. 36. L. 77 D. de hered. inst. 28, 5.
L. 10 pr. D. de condit. inst. 28, 7.
L. ult. D. de honor. poss. sec. tab. 37, 11.

Behuf Errichtung eines zweiten Testaments bedurfte es also keiner wörtlichen Wiederholung derjenigen in dem ersten getroffenen Bestimmungen, welche der Testator einer Modification zu unterwerfen nicht beabsichtigte, und aus jener, der Abkürzung wegen beliebten Bezugnahme, sowie daraus, daß der Testator den größten Theil der Bestimmungen des ersten Testaments aufrecht erhalten wollte, erklärt es sich, daß die zweite Disposition vom Testator als Nachtrag zum Testamente bezeichnet wird. Für die Entscheidung ist solches ohne Bedeutung, und um so weniger kann es in Anschlag kommen, daß nicht der Testator, sondern das Gericht die zweite Disposition mit dem Namen eines Codicills prädicirt hat. Angenommen aber auch, die zweite Disposition wäre als Codicill zu betrachten, so ist hierdurch nicht die im Testament (§. 2) erfolgte Erbeinsetzung der Beklagten, sondern lediglich die der Beklagten von dem Erblasser (§. 4) als ein Prälegat

L. 9. §. 13. L. 10. L. 35 pr. §. 1. L. 78 pr. D. de hered. inst. 28, 5.

gemachte Zuwendung des Hofes mit einer Bedingung belastet, indem es keineswegs die Absicht des Testators gewesen ist, für den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt werden würde, die Beklagte von der Erbschaft auszuschließen, vielmehr die Absicht nur dahin gegangen sein kann, daß alsdann bei Vertheilung des Nachlasses die Beklagte vor ihren Geschwistern nicht weiter bevorzugt, sondern ihnen gleichgestellt sein solle. Unter allen Umständen würde die Beklagte die Falcidische Quart, welcher auch die dem Miterben von dem Testator angewiesenen Erbschaftsgegenstände als Prälegat unterliegen,

L. 10 C. famil. ercisc. 3, 36.

zu fordern befugt sein.

Daß nun die Vertheilung der Erbschaft durch Codicille geschehen, die testamentarisch angeordnete Vertheilung durch Codicille aufgehoben oder modificirt, ein im Testamente hinterlassenes Legat, also auch ein solches Prälegat, durch Codicille einer Bedingung unterworfen werden darf, ingleichen, daß bei Vermächtnissen die spätere Disposition jeder Zeit der früheren vorgeht, beruht auf ausdrücklichen Vorschriften der Gesetze.

L. 3. §. 9. 10. 11. L. 9. L. 10 pr. L. 31. §. 1 D. de adimendis legat. 34, 4.
pr. §. 1 Inst. de ademt. legat. 2, 21.
L. 6 pr. D. quando dies legat. 36, 2.
L. 12. §. 3 D. de legat. I. 30.
L. 51 pr. L. 87. L. 89 u. 90 D. de cond. et demonstr. 35, 1.

Der Grund, weshalb die Klage in erster Instanz zurückgewiesen ist, erscheint deshalb unhaltbar, und wird deshalb erkannt ꝛc.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel v. 2. März 1846, in S. Kuckelbahn c. Everling.

III.

Streitig ist, wie das Verhältniß der ohne voraufgehendes Testament errichteten Codicille zu einem späteren Testamente sei. Vergl. L. 5 D. de jure codicill. mit §. 1 Inst. eod.

Einige meinen, dergleichen Codicille müßten mit dem neuen Testamente fallen, wenn eine bestätigende Erklärung des Erblassers vor, in, oder nach dem Testamente nicht beigebracht werden könne. Der Unterschied der L. 5 cit. mit dem §. 1 Inst. cit. wird nach dieser Ansicht darin gesetzt, daß Papinian in L. 5 cit. eine Bestätigung im Testamente verlange, die Kaiser Severus und Antoninus in §. 1 Inst. cit. aber jede spätere formlose Bestätigung für genügend erklärten.

Wittich, System des heutigen Civilrechts Th. 3. §. 393. Not. 48.
Thibaut, System §. 980.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 475. Not. p.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 2 und 7. Anm. 3.
v. Vangerow, Pand. §. 526. S. 448.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 675 f.
Hunger, das röm. Erbrecht §. 99. S. 330.
und die bei Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 170. Not. 42 zahlreich alleg. älteren Rechtslehrer.

Andere meinen, das Codicill werde auch ohne eine solche Erklärung realisirt, insofern keine die Wirksam-

keit des Codicills für diesen Fall ausschließende Erklärung des Erblassers vor, in, oder nach dem Testamente, namentlich ein Widerruf, beigebracht werden könne, indem Papinian in L. 5 cit. zwar eine bestätigende Erklärung verlange, die Kaiser im §. 1 cit. aber eine solche unter der obigen Voraussetzung nicht für nothwendig erklärt hätten. Diese Ansicht sei praktisch wichtig, weil nach dieser Ansicht den Onerirten oder überhaupt denjenigen, welcher die Giltigkeit des Codicills bestreite, die Beweislast des Widerrufs, resp. einer voraufgehenden, die Wirksamkeit des Codicills für diesen Fall ausschließenden Erklärung treffe.

Westphal, von Vermächtnissen Bd. 2. S. 2. §. 1877 vergl. mit §. 1881.
Dabelow, Pand. Th. 2. §. 1108 (Note).
Madiho, princ. jue. Rom. §. 504. not. d.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1301. Anm. 5.
Bucher, System der Pand. §. 413.
Seuffert, Erläut. zum Erbrechte S. 32 und Lehrb. der Pand. Th. 3. §. 1110. Not. 54.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 369. Not. b.
Böcking, Grundriß über das Erbrecht S. 62. §. 135. Nr. 4.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 172 f.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 7.
und die bei Fein l. c. S. 171. Not. 44 zahlreich alleg. ältern Rechtslehrer.

Siehe das. auch die ausführlichen Gründe dieser Ansicht S. 173—193.

Präjudiz 1.

In AS. Meyer und Maasberg wegen Legats oder Schenkung auf den Todesfall wurde vom LG. zu Wolfenbüttel unterm 15. April 1839 für Recht

erkannt, daß, da

1) die Vorschrift der L. 5 D. de jure codic. (29, 7), daß vor Errichtung des Testaments gemachte Codicille nicht anders Giltigkeit haben, als wenn sie in dem späteren Testamente confirmirt werden — durch neuere gesetzliche Bestimmungen §. 1 Inst. de codic. (2, 25) zwar einigermaßen modificirt, die Giltigkeit der Codicille jedoch nur in dem Falle anerkannt ist:

wenn erhellet, daß derjenige, der das Testament errichtet hat, von dem in den Codicillen ausgedrückten Willen nicht abgewichen sei,

hiernach aus dem Testamente selbst hervorgehen muß, daß der Testator die fortdauernde Giltigkeit der Codicille gewollt habe, keineswegs aber zur Giltigkeit der letzten genügt, daß eine Willensänderung im Testamente nicht ausgesprochen worden; und diese der Wortbedeutung entsprechende Erklärung des Gesetzes (§. 1 Inst. de codic. 2, 25) um so mehr vorzuziehen ist, da solches als correctorisches in dem Sinne genommen werden muß, welcher sich am wenigsten von den bisher bestandenen Rechtsgrundsätzen (L. 5 D. de jure codic. 29, 7) entfernt, nun aber

2) das Testament des weil. Gutsbesitzers Maasberg vom Jahre 1831 Andeutungen für den Fortbestand des producirten Codicilles vom Jahre 1818 nicht nur nicht, sondern vielmehr für das Gegentheil enthält, weil in solchem Testamente der Beklagtin als eingesetzten Erbin außer den ihr speciell gemachten Zuwendungen „noch Alles, was der Testator hinterlassen und worüber er nicht disponirt habe", überwiesen worden ist;

3) da die fernere testamentarische Bestimmung, dahin lautend:

„Sollte ich in einem Codicille über Einiges von diesem Vermögen noch verfügen, so behalte ich mir dies ausdrücklich vor und soll das alsdann so angesehen werden, als wenn es in diesem Testamente verordnet wäre;"

augenscheinlich nicht auf bereits errichtete, sondern auf künftig erst zu errichtende letztwillige Verfügungen sich beziehet, und, obwohl der Ausdruck einer künftigen Zeitbestimmung unter Umständen auch die vergangene Zeit in sich schließen kann,

L. 18 D. de jure codic. 29, 7.

dennoch die gebrauchten Worte nach der muthmaßlichen Absicht des Redenden oder Schreibenden zu erklären sind,

L. 123 D. de verbor. significat. 50, 16.

und diese im vorliegenden Falle, wie ausgeführt worden, der Intention der Kläger entgegensteht; endlich

4) zur Substantiirung der erst jetzt aufgestellten Behauptung:

daß der weil. Gutsbesitzer Maasberg ungeachtet seines späteren Testaments die Erhaltung des angeblich errichteten Codicills gewollt habe,

weder in den Verhandlungen der vorigen Instanz noch in der Appellationsrechtfertigung die erforderlichen Thatsachen angegeben sind; überdies, nachdem das Codicill aus den deducirten Gründen als durch das Testament aufgehoben zu erachten, eine späterhin etwa erneuerte Willenserklärung in Ermangelung der vorgeschriebenen Rechtsform überall nicht zu berücksichtigen sein würde:

so wird das Restitutionsgesuch nebst dem Rechtsmittel abgeschlagen &c.

Bestätigt durch Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 5. Juni 1840

aus folgenden Gründen:

Da nach L. 5 D. de jure codic. und §. 1 Inst. de codic. aus einem vor dem Testamente errichteten Codicille, auch ohne dessen Bestätigung durch das Testament oder ein Codicill ein Fideicommiß gefordert werden kann, wenn nur die Aufhebung nicht erfolgt und daß der im Codicille ausgedrückte Wille nicht aufgehoben sein solle, vom Testator auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben ist — welches auszuführen und zu erweisen zur Begründung des Anspruchs aus dem Codicille gehört;

nun aber die von dem Erblasser der Beklagten vor seinem Testamente zu Gunsten der Kläger angeblich gemachte Disposition — abgesehen davon, ob sie giltig errichtet und in der Folge auch außer durch das Testament nicht aufgehoben worden, worüber hier noch nicht zu entscheiden ist — schon als durch das Testament aufgehoben nicht anzunehmen ist, da derselben das Testament überall nicht erwähnt und die auf dessen allgemeine, den ganzen Nachlaß umfassende, der Natur der durch selbiges begründeten Universalsuccession entsprechende Verfügung früher allgemein gegründete Vermuthung, daß durch ein Testament über den ganzen Nachlaß ohne darin enthaltene besondere Bestätigung einer früheren Disposition über einen Theil desselben, diese Disposition aufgehoben sei, gerade durch jene spätern Gesetze in dem bemerkten Maaße modificirt worden;

die Kläger jedoch, daß und wie der Testator seit Errichtung des Testaments jene frühere Disposition für fortbestehend erklärt, zu der nach Lage der Sache nothwendigen Substantiirung ihrer Klage in derselben nicht angeführt haben, und statt dessen offenbar so wenig, daß solches dem Gegentheil und dem Gerichte schon aus anderen Acten bekannt, als das nachherige Vorbringen darauf sich beziehender Thatumstände genügen kann, übrigens die vorigen Entscheidungsgründe unwiderlegt geblieben;

so wird die Appellation sammt dem Restitutionsgesuche abgeschlagen, jedoch mit der Erklärung, daß die Kläger mit ihrer Klage nur in der angebrachten Maaße zurückzuweisen &c.

IV.

Streitig ist, ob die durch ein Testament bestätigten Codicille auch ohne Zuziehung von Zeugen gelten.

Einige meinen, daß bei den durch Testament bestätigten Codicillen gar keine besondern Formen der Errichtung, und insbesondere auch die Zuziehung von fünf Zeugen nicht erforderlich sei. Man begründet diese An-

ficht dadurch, daß solche Codicille als Theil des Testaments anzusehen seien, L. 2. §. 2. L. 14 pr. D. de jure codic. 29. 7, worin von selbst liege, daß die Formalien des Testaments auch für sie gelten müßten. Vergl. auch L. 1 C. Th. de test. et codicill. 4, 4. §. ult. Inst. de codicill. 2, 25 verb. Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solennitatis ordinationem desiderant. Endlich werde diese Ansicht durch L. 12. §. 1 D. de capt. et postlim. bestätigt, wo es heiße, wenn Jemand in Rom ein Testament und in der Gefangenschaft Codicille mache, so seien diese gültig, quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est.

J. H. Böhmer, exerc. ad P. T. V. Nro. 78. p. 132.
G. L. Böhmer in der praef. dazu §. 14.
Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. cap. 17.
Stryk, de cautela testam. cap. 2. §. 12.
Walch, introd. in controv. jur. p. 336.
Cramer, observ. jur. univ. T. III. p. 443.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1513.
Hugo, heut. röm. Recht S. 213. (Ausg. 7.)
Pütter, auserles. Rechtsf. Bd. 4. Nr. 391.
Claproth, von Testam. und Codicill. §. 71.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1570.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreit. bürg. Rechtsf. Th. 2. §. 250.
Konopack, Institut. §. 383. Not. 9.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 368.
Höpfner, Institut. §. 626.
Leber, Erört. der Frage, ob bei den in einem Testamente bestätigten Codicille Zeugen nöthig seien (1791).

Andere meinen, die codicilli testamento confirmati bedürften keiner Solennität, vorausgesetzt, daß ihr Inhalt durch das Testament selbst beglaubigt werde. Denn die Confirmation würde ein Ersatz der Solennität sein, wenn sie auf eine solche Weise geschehen wäre, welche über den Willen des Testators keinen Zweifel aufkommen ließe; so, wenn ein vorhandenes Codicill im Testamente in der Weise beglaubigt würde, daß über seine Identität kein Zweifel entstehen könnte.

Puchta, Pand. §. 523.
Puchta, Vorles. II. S. 424.

Hiergegen erklärt sich

Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 7.

vergl. jedoch

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 135.

und meint, die Ansicht von Puchta könne nur dann zugegeben werden, wenn und soweit der Inhalt des Codicills in das Testament übergegangen sei, wo es dann freilich des Codicills gar nicht bedürfe, und auf dasselbe gar nichts mehr ankäme. Dagegen könnten Fälle, wie z. B. wenn der Testator im Testamente ein Codicill für wirksam erkläre, „welches er durch einfache Schrift errichtet, und bei seinem Freunde N. verschlossen verwahrlich niedergelegt, oder in einer gewissen Schublade seines Schrankes u. s. w. verborgen habe," ohne die gesetzlichen Solennitäten nicht aufrecht erhalten werden.

Sintenis, l. c.

Vergl.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 135 f.

Andere meinen, auch die im Testamente bestätigten Codicille bedürften, um ihnen ihre Wirksamkeit zu sichern, einer gewissen Form — Einheit der Handlung, L. 8. §. 3 C. de codicill., ferner Rogation der Zeugen und Fähigkeit derselben, wie bei Testamenten; bei schriftlichen Codicillen, Unterschrift der Zeugen, L. 8. §. 3 cit. i. f., und wenn nicht das Codicill ganz von des Erblassers Hand geschrieben sei, auch die Unterschrift desselben, resp. die eines Andern, der für ihn unterschreibt. L. 28. §. 1 C. de test. Die Ansicht der Gegner sei irrig, denn die L. 2. §. 2. L. 14. pr. D. de jure cod. cit. bezöge sich nicht bloß auf confirmirte, sondern auf alle testamentarische Codicille überhaupt, und auf die Formen könnten diese Gesetze nicht bezogen werden, weil ja zur Zeit der Pandektenjuristen alle Codicille ganz formlos waren; jene Gesetze könnten nur aussprechen, daß confirmirte Codicille materiell insofern als Theil des Testaments zu betrachten seien, als darin solche Bestimmungen getroffen werden dürften, die eigentlich ein Testament voraussetzten. Die Beziehung auf L. 1. C. Th. de test. et cod. 4, 4 sei unstatthaft, indem ja dort ausdrücklich nur bei solchen Codicillen Zeugen verlangt würden, quos testamentum non praecedit, und diese Worte gingen nicht auf nichtconfirmirte Codicille, im Gegensatz zu den confirmirten, sondern vielmehr auf die codicilli ab intestato im Gegensatz zu den testamentarischen. Endlich beziehe sich der §. ult. Inst. de codic. nicht auf codicilli confirmati, indem der Kaiser hier von Codicillen überhaupt, nicht aber von einer einzelnen species derselben rede, sondern der Sinn jenes Gesetzes könne nur der sein, daß bei Codicillen keine solennen Worte und Wortstellungen zu beobachten seien. — Dagegen sei für die Ansicht, daß sämmtliche Solennitäten auch bei den codic. confirm. nöthig seien, die L. 8. §. 3 C. de codicillis 6, 36 entscheidend, verb. in omni voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhiberi, deren Wortlaut und Geist sich gleichmäßig auf confirmirte und nicht confirmirte Codicille beziehe. Vergl. auch die Schlußworte der L. 7 C. Theod. de test. et codic. 4, 4.

Dunius, de vetere ac novo jure codicillor. p. 184.
Pufendorf in dessen von Ludw. Schmidt herausgegebenen Observationen (1841) obs. 12.
v. Reiche in Gans Zeitschr. für Civil- und Criminalrechtspflege in Hannover Th. 1. S. 401.
Roßhirt, Vermächtnisse II. S. 22 f.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 219.
Schweppe, röm. P.-R. §. 800.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448.
Mackeldey, Lehrb. §. 702.
Lang, Lehrb. des Just. Rechts §. 418. Not. a.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 685. not. 13.
v. Vangerow, Pand. §. 536. S. 452.
Thibaut, System §. 934.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 7.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 290 f.
Witte, daselbst Bd. 2. S. 680.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 102 f.

Für diese letztere Ansicht hat sich das OAG. zu Jena im J. 1823,

H. A. Müller, Zeitschr. für Gesetzgeb. im GH. Sachsen-Weimar-Eisenach Bd. 1. H. 1. S. 47.

und das OAG. zu Parchim,

v. Rettelbladt, Rechtssp. Bd. 4. S. 85 f.

entschieden.

Präjudiz 1.

Die Ansicht, daß die in einem Testamente im voraus bestätigten Codicille, nach den Bestimmungen des römischen Rechts, als Theile des Testaments zu betrachten seien, widerstreitet den Grundsätzen einer richtigen Theorie. Aus den zur Begründung dieser Meinung angezogenen Gesetzstellen*) geht nur hervor, daß in confirmirten Codicillen Dispositionen getroffen werden können, welche in nicht bestätigten Codicillen nicht erlaubt sind. Aber auch in Ansehung des Inhalts sind die confirmirten Codicille den Testamenten keineswegs in allen Punkten gleichgestellt, da namentlich die Einsetzung eines directen Erben, so wie die Enterbung nur in einem wirklichen Testamente geschehen darf**). Kraft mehrerer gesetzlicher Sanctionen steht ferner fest, daß die confirmirten Codicille, rücksichtlich ihrer innern Giltigkeit, als Theil des Testaments nicht gelten, indem die Dispositionsfähigkeit des Codicillanten, so wie die Erwerbsfähigkeit des Honorirten, nicht nach der Zeit der Errichtung des Testaments, sondern nach der Zeit der Confection des Codicills beurtheilt werden soll***). Zudem ist in fr. 14 pr. de jure codic. der Satz, daß Codicille für einen Theil des Testaments zu halten, ausdrücklich gemißbilligt und verworfen. Dem allem zufolge fehlt es an einem genügenden Grunde, von der allgemeinen, in const. 28. §. 1 de testamentis wiederholten und in der Notariatsordnung von 1512. Tit. 1. §. 2 von neuem bestätigten Vorschrift der const. ult. §. fin. de codicillis, nach welcher bei Errichtung jedes Privatcodicills die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich, die in einem nicht privilegirten Testamente im voraus confirmirten Codicille im Wege der Restrictiv-Interpretation zu eximiren.

Erk. des OAG. zu Celle vom 23. August 1836.

Uebereinstimmend die Praxis des OAG. zu Darmstadt.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 358.

---

*) G. L. Böhmer (Vorrede zu Tom. V. von seines Vaters exerc. ad Pand. p. 23) bezieht sich auf fr. 3 de testam. tut. (26, 2); fr. 77 de hered. instit. (28, 5); fr. 2. §. 4 de jure codic. (29, 7) u. fr. 38 de cond. et demonstr. (35, 1).

**) Vgl. §. 2 inst. de codic. (2, 25); fr. 6 pr., fr. 10 de jure codic. (29, 7); const. 2, 7 de codic. (6, 36).

***) Vgl. fr. 7 pr., fr. 8. §. 2, fr. 14 pr. de jure codic.

Präjudiz 2.

Für die in mehrern oberstrichterlichen Erkenntnissen adoptirte Ansicht, daß die in C. 8. §. ult. de testam. für alle letzten Willensordnungen, mit Ausnahme von Testamenten, vorgeschriebenen Förmlichkeiten auch bei den in einem Testamente bestätigten Codicillen beobachtet werden müssen — hat sich auch der oberste Gerichtshof zu Darmstadt ausgesprochen.

Erk. v. 7. Januar 1840, i. S. Gräfin Reventlow gegen Frhrn. v. Löw.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 314.

Präjudiz 3.

Codicille, welche in einem Testamente im Voraus bestätiget werden, bedürfen zu ihrer Giltigkeit keiner weitern Solennität, da sie als ein Theil des Testaments selbst zu betrachten sind, dafern nur Gewißheit vorhanden ist, daß sie von dem Testator wirklich herrühren — L. 2. §. 2 D. de jure codicill., L. 14 pr. eod., L. 89 pr. D. de legatis II. Die Vorschrift der L. ult §. 3 C. de codicillis stehet dem nicht entgegen, da sie nur von Codicillen, die nicht in Testamenten bestätiget werden, zu verstehen ist.

J. H. Böhmer, diss. de codicillis absque testibus validis in exercitt. ad Pand. T. V. p. 107.

G. Ludw. Boehmer, de quatuor modis constituendis codicillis, in elect. jur. civ. Tom. I. Nro. 8. und dessen Vorrede zu den exercitt. ad Pand. Tom. V.

Kind, e. 41. T. 1. p. 271.

Curtius, Th. 2. §. 876. Not. h. S. 520.

Mit dieser Ansicht bewährter Rechtslehrer stimmt auch die vaterländische Praxis überein. Hat nun aber ein Testator in seinem Testamente selbst bestimmt, unter welchen Bedingungen er die von ihm etwa zu hinterlassenden schriftlichen Verordnungen als einen Theil seines letzten Willens betrachtet wissen will, d. h. hat er ihre Giltigkeit von gewissen Förmlichkeiten abhängig gemacht, so können auch nur diejenigen Verordnungen als codicilli testamento confirmati angesehen werden, bei welchen jene Förmlichkeiten wirklich beobachtet worden sind. Zwar steht es dem Testirer frei, von diesen sich selbst gemachten Bedingungen in der Folge wieder abzugehen und Codicille, welche denselben nicht entsprechen, zu errichten; allein dann würden dergleichen Dispositionen in die Kategorie nicht bestätigter Codicille gehören und zu ihrer Rechtsbeständigkeit die in der L. ult. §. 3 C. de codicillis vorgeschriebenen Feierlichkeiten erforderlich sein.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 19. Sept. 1839, i. S. Schubertin u. Cons. u. Clz.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen. N. F. Bd. 3. Nr. 18. S. 286.

Präjudiz 4.

In der RS. Häseler und Poppe spricht sich das LG. zu Wolfenbüttel unterm 12. Nov. 1833 dahin aus:

Zur Giltigkeit der in einem Testamente bestätigten Codicille ist die Zuziehung von fünf Zeugen nach Vorschrift der

L. 8 §. 3 C. de codicillis 6, 36

allerdings erforderlich. Die widersprechenden Stellen der Pandekten können diesen Satz nicht umstoßen, da sie aus einer Zeit herrühren, wo überall keine Solennitäten zur Errichtung des Codicills gefordert wurden, und

§. 3 inst. de codicill. 2, 25

redet, wie die Paraphrase des Theophilus ergibt, von dem Inhalte, und nicht von der äußeren Form der Codicille.

Mit dieser Entscheidung stimmt auch die Praxis der hiesigen Obergerichte überein.

Präjudiz 5.

Die Meinung, daß die in L. ult. §. 3 Cod. de test. 6, 23. §. ult. inst. de fideic. hered. 2, 23. L. ult. C. de donat. mort. causa 8, 57 angeführte, und in der Notariatsord. v. 1512. §. XXIV. von Testam. §. II in Bezug genommene Regel: in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhiberi, — außer bei den auf besonderen Gesetzen beruhenden gerichtlichen und privilegirten Codicillen, auch bei den durch Testamente bestätigten, eine Ausnahme leide, indem sie nur die für sich bestehenden Codicille zum Gegenstande habe, beruhet hauptsächlich auf dem Satze: daß die durch Testament bestätigten Codicille für einen Theil des Testaments zu halten seien, und deshalb besondere Förmlichkeiten nicht bedürften, sondern ohne dieselben, nach jener Regel wie vor ihr, giltig waren, indem bei dem speciellen Grunde ihrer Giltigkeit jene Regel so wenig auf sie, als auf die gerichtlichen und privilegirten Codicille habe einwirken können.

Allein, wenn auch in Ansehung der durch Testament bestätigten Codicille der Satz: pro parte testamenti habentur, in sofern Anwendung findet, daß in diesen Codicillen Dispositionen statthaft sind, wozu sonst der Strenge nach ein Testament erfordert wurde, wie die L. 2. §. 2 D. de jure codic. 29, 7. L. 3 D. de test. tut. 26, 2. L. 36. L. 77 D. de hered. inst. 28, 5. L. 38 D. de condit. et demonstr. 35, 1 enthalten, — so stehen der Behauptung, daß derselbe ein fester stets anwendbarer Grundsatz sei, doch andere Gesetze entgegen, wie L. 2 pr. D. de jure cod. 29, 7. L. 4 pr. L. 8. §. 4 D. eod. L. 17 D. de test. milit. 29, 1. Insbesondere hat in dem Falle der L. 14 D. de jure codicill. 29, 7 der Verfasser dieses Fragments, Scävola, gerade gegen jenen Grundsatz, welcher unter römischen Rechtslehrern streitig war, sich entschieden.

Wäre indeß auch der jener Meinung hauptsächlich zu Grunde liegende Satz unbestritten richtig, so konnten doch die classischen Juristen, welche ihn aufstellten, dadurch eine Ausnahme in Ansehung der äußern Form der Codicille nicht andeuten wollen, weil an eine solche zu ihrer Zeit die Codicille überhaupt noch nicht gebunden waren. In der Folge sind aber die durch Testamente bestätigten Codicille, welche stets vom Testamente unterschieden werden, also auch in L. ult. §. 3 C. de testam. in den Worten: excepto testamento hierunter nicht gemeint sein können, ebenso wenig von der allgemeinen Vorschrift in jenem Gesetze ausgenommen, als die andern Codicille, für

deren äußere Form es an specieller Vorschrift mangelt. Sie bedürfen demnach zu ihrer Giltigkeit ohne Zweifel die Beobachtung jener Vorschrift. Von dieser kann aber, da sie juri publico angehört, der Testator sich nicht dispensiren, daher denn auch die Gewißheit seines Willens nicht genügt.

Eine dieser fast von allen neueren Rechtslehrern als giltig anerkannten Theorie entgegenlaufende Praxis im Braunschweigschen ist von Appellanten so wenig nachgewiesen, als hier bekannt, würde auch nur dann zu beachten sein, wenn das Gericht gegen jene Theorie noch Zweifel hegte, wie hier der Fall nicht ist.

2) Noch hat der Kläger in dieser Instanz eine neue Begründung seines Anspruchs durch Bezugnahme auf L. 32 C. de fideicomm. 6, 42. §. 12 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23 und durch die Behauptung versucht, daß hiernach Alles auf der Gewißheit des Willens des Erblassers beruhe, und eventuell nur dessen Beweis, hauptsächlich durch den Eid des onerati, erforderlich sei, — daher denn auch nach §. 3 Inst. de codic. 2, 25 es zur Errichtung eines Codicills keiner Förmlichkeit weiter bedürfe.

Es steht nun aber jener von einigen neuern Rechtsgelehrten aufgestellten Behauptung, nach welcher die gesetzliche Vorschrift über die Form der Codicille, wie sie selbst im Justinianischen Rechte anerkannt worden, fast gänzlich aufgehoben oder doch entbehrlich sein würde, die gegründete Erinnerung anderer Rechtsgelehrten entgegen, nicht nur daß das neuere Justinianische Recht dem ältern nur zum Theil derogirt, und daher so zu erklären ist, daß von letzterem so wenig wie möglich abgewichen wird, sondern auch daß die gemeine Meinung, welche jene Gesetze nur auf ein fideicommissum onerato praesenti injunctum bezieht, durch Worte wie folgende in §. 12 Inst. de fideicomm. heredit.: necesse cum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore a u d i v e r i t, auch durch die Sicherheit der Dispositionen nur auf fides onerati, ohne weitern Beweis als dessen Eid, gründende Aeußerungen, welche die Anwesenheit des Beschwerten voraussetzen, unterstützt wird, w o n e b e n in eben diesen Gesetzen noch der Zahl von f ü n f Zeugen als der gesetzlichen bei Errichtung von Fideicommissen, ausdrücklich Erwähnung geschehen ist, wie denn auch die Notariatsord. der solennen Codicille ausdrücklich gedenkt. Im §. 3 Inst. de codicill. ist aber das Wort o r d i n a t i o nur von der Anordnung des Inhalts der Codicille zu verstehen, wie auch die Paraphrase des Theophilus bestätigt.

Erk. des OAG. zu W o l f e n b ü t t e l v. 23. Dec. 1831, i. AS. Teich's w. Sudtmeyer.

V.

S t r e i t i g i s t, o b F r a u e n z i m m e r b e i e i n e m C o d i c i l l e Z e u g e n s e i n d ü r f e n.

Einige verneinen die Frage, weil die Zeugen bei Codicillen jedenfalls Solennitätszeugen wären, Frauenzimmer aber als Solennitätszeugen unzulässig seien; denn wo mehr als zwei Zeugen erfordert würden, werde eine Solennität der Handlung angedeutet. Bei der Errichtung der Codicille aber seien fünf Zeugen als nothwendig vorgeschrieben; diese müßten folglich Solennitätszeugen sein. Jedenfalls sei es ein sicheres Merkmal der Solennitätszeugen, sobald deren Rogation vorgeschrieben sei; da nun die Rogation der Zeugen nach richtiger Ansicht auch bei Codicillen nöthig sei, so seien Frauenzimmer ausgeschlossen. Vergl. auch L. 18 C. de testib. 4, 20. Nov. 90. c. 2.

Höpfner, Instit. §. 626.
Madihn, princ. jur. Rom. §. 505. not. c et d.
Spangenberg, comment. de muliere ob testium solennitatem testimonii ferundi in codic. expert. (1770).
Walch, controv. jur. civ. p. 233.
Günther, princ. jur. §. 728. not. s.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 685. not. 10.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 21.
Wittich, Civilrecht §. 357. Not. 57.
Thibaut, System §. 934.
Schweppe, röm. P.-R. (Aufl. 2) §. 890. Not. 2.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1175. Not. 1.
Seuffert, Pandektenrecht (Aufl. 2) §. 601. Not. 4.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448.
Valett, Pandektenrecht §. 1111. Not. 63.
Göschen, Vorles. §. 1001.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 367. Not. d.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 801.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 232.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 434 und die S. 437. Not. 32 Alleg.

Vergl.

Glück, Pand. Bd. 31. S. 154 f.

Andere bejahen die Frage aus folgenden Gründen: 1) Es existire kein Gesetz, welches die Frauen vom Codicillarzeugnisse ausschließe, wie dies doch nach L. 1. §. 1 D. de test. 22, 5 nothwendig sei. 2) Zwischen Testament und Codicill walte nicht eadem causa ob. Die Zeugen beim Testamente seien allerdings Repräsentanten der Volksversammlung gewesen; dies lasse sich aber weder für die ältere noch für die neuere Zeit von den Codicillen behaupten. 3) Die L. 20. §. 5 D. qui testamenta fac. 28, 1 sei für diese Ansicht entscheidend. 4) Die Nothwendigkeit der Zuziehung der Codicillarzeugen sei nicht solennitatis, sondern probationis causa vorgeschrieben; dies folge a) aus §. ult. Inst. de codic. u. b) dadurch, daß die Rogation der Zeugen bei Codicillen überflüssig sei, c) aus L. 1 C. Theod. de jure codic. u. d) durch die Vorschrift Justinian's über das sog. Oralfideicommiß in L. ult. C. de fideicomm. 6, 42. 5) Die Frauen seien bei uns überhaupt der virilia officia fähig.

H. Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 19. Nro. 9.
Wissenbach, exerc. ad P. 29. 7. Nro. 18.
Cocceji, jur. civ. controv. 29. 7. qu. 4.
Leyser, spec. 378. m. 1.
Müller ad Leyser. obs. 590. not. 28.
Westphal, Vermächtnisse §. 1619.
Struv, syntagm. jur. civ. exerc. 34. th. 58. Nro. 3.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 7.
Voet, Comm. ad P. 29. 7. Nro. 1.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 36. Nro. 3.
Titius, jus privat. Rom. Germ. lib. 7. c. 3. §. 31.
Ludovici, doctr. Pand. 29. 7. §. 3.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1569. not. c. f.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 729.
Stryk, usus mod. 29. 7. §. 6. u. cautela test. cap. 23. §. 7.
Seuffert, Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts (1827) S. 27.
Schweppe, röm. P.-R. Ausg. v. Mejer §. 890. S. 284. Not. 1.
Bucher, System der Pand. (3. Aufl.) §. 413. Not. 2.

Siehe die Widerlegung der Gründe bei

Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 448.

Andere meinen, daß Frauenzimmer im N o t h f a l l e zulässige Zeugen bei Codicillen sein könnten.

H. Zosius, Comment. in Cod. de codic. ann. a und die daselbst Angef.

Andere wollen Frauenzimmer wenigstens gemeinschaftlich mit Männern als Zeugen zulässig halten.

H. Boker, disp. cl. 3. disp. 6. th. 30.
H. Zosius l. c. und die Not. b Alleg.

Siehe auch die Präj. zu Contr. 4. Vergl. auch donatio mortis causa Contr. 1. Präj. 7 das Erk. des OAG. Dresden.

VI.

Streitig ist, ob Blinde bei mündlichen Codicillen giltige Codicillarzeugen seien.

Einige bejahen dies; denn in §. 6 Inst. de testam. ordin. 2, 10 würden nur die Tauben und Stummen, wegen des ihnen mangelnden Sinnes, nicht aber auch die Blinden ausgeschlossen.

Thibaut, System §. 829. Not. m.
Braun, Dictate S. 640.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 447. Not. o.
Mackeldey, Lehrb. §. 640. Not. e.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Roßhirt, Civilr. §. 604. Not. 5 und testament. Erbrecht Abth. 1. S. 429.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 4. S. 58 f.

Andere meinen, auch bei mündlichen Codicillen seien Blinde unzulässige Zeugen. In §. 6 Inst. cit. sei nur von schriftlichen Testamenten die Rede (cf. §. 3—11 das.) und in L. 32 C. de fideicomm. 6, 42 sei der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß der Zweck der Zuziehung von 7 Zeugen bei Testamenten darin bestehe, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Dieser Grund treffe auch bei Codicillen zu, da der Blinde den Testamentsact mit derselben Sicherheit wie ein Sehender nicht beobachten könne. Sehen sei also ebenso wichtig wie das Hören, um die perfectissima veritas der L. 32 cit. an den Tag zu bringen.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 295.
Schweppe, röm. P.-R. §. 815. Not. 9.
Puchta, Pand. §. 465. Not. p.
Göschen, Vorlesungen Th. 3. Abth. 2. §. 830. S. 142.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 660. Not. 3.
Schilling, Pandektenrecht §. 534. Nr. 3. vgl. mit §. 530. Nr. 1. α. β.
Holzschuher, Th. 3. S. 162.
Burchardt, System des röm. R. Th. 2. S. 1033.
Seuffert, Pandektenrecht §. 505. Not. 8.
Sintenis, Civilrecht §. 169. Not. 24.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 452.

VII.

Streitig ist, ob Vermächtnißnehmer giltige Codicillarzeugen seien.

Einige meinen, die Vermächtnißnehmer seien absolut giltige Codicillarzeugen. Man beruft sich auf §. 11 Inst. de test. ord. 2, 10, wonach bei Testamenten die Legatare giltige Zeugen sein können, und auf L. 22 C. de test. 6, 23, wo von testibus ad efficiendam voluntatem adhibitis geredet werde, welches nothwendig auf alle letztwilligen Verfügungen bezogen werden müsse. Das etwaige Bedenken, daß deshalb Zeugschaft in eigener Sache geleistet würde, werde dadurch beseitigt, daß der Zeuge hier nicht Beweis-, sondern Solennitäts-Zeuge sei; denn sonst könnte er ja auch nicht als Testamentszeuge gelten, was er doch nach §. 11 Inst. cit. zweifellos dürfe.

Mencke, syst. jur. civ. 28. 1. §. 19.
Leyser, sp. 378. med. 1 u. 2.
Cocceji, jur. civ. controv. 29. 6. qu. 3.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 36. not. 8.
Titius, jus privat. lib. 7. c. 3. §. 31.
Madihn, princ. jur. R. §. 505. not. e.
Overbeck, Meditat. Bd. 4. S. 301.
Wittich, System des heut. Civilr. Th. 2. §. 357. Not. *.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1175. Not. 1.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 729. Not. 7.
M. Valett, Pandektenrecht §. 1111. Not. 64.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890. Not. 2.
Seuffert, Pandektenrecht §. 601. Not. 4.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 458.

Andere halten die Vermächtnißnehmer für absolut unfähige Codicillarzeugen; denn da der Erbe im Testament nicht als Zeuge gelte, so könne es auch nicht der Legatar beim Codicille. In allen Stellen L. 20 pr. D. qui testam. fac. 28, 1. L. 14 D. de reb. dubiis 34, 5. §. 11 Inst. de test. ordin. werde immer nur von der Fähigkeit der Vermächtnißnehmer zum testamentarischen Zeugniß gehandelt, und doch liege bei einem Codicille, namentlich einem privilegirten, die Gefahr vor, daß zwei Zeugen durch Verabredung zu einem falschen Zeugnisse sich beliebige Vermächtnisse verschaffen könnten, L. 10 D. de testib. 22, 5. L. 10 C. eod. 4, 20. Endlich bestehe der Grund, daß Legatare bei dem Testamente giltige Zeugen seien, darin, weil sie nicht zunächst sich selbst, sondern dem Erben Zeugniß ablegten, und letzterer, welcher ihr Zeugniß zu seinen Gunsten annehme, es sich auch zu seinem Nachtheile gefallen lassen müsse. Dieser Grund passe aber nicht auf Codicille, bei welchen die mit einem Vermächtnisse bedachten Zeugen nur zu ihren eigenen Gunsten und zum Nachtheil der Erben aussagten.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 7 in f.
Brunnemann, Comm. in P. ad L. 20 qui testam. facere Nro. 9.
Ludovici, doctr. Pand. 29. 7. §. 3.
J. H. Böhmer, introduct. in jus Dig. 29. 7. §. 10.
Hommel, Rhapsod. obs. 211. s. v. legatarius.
Stryk, cautel. test. cap. 23. §. 9.
Stryk, usus mod. 29. 7. §. 7.
Walch, introd. in controv. jur. p. 340.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1513.
Müller ad Leyser. obs. 588.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1569.
Höpfner, Instit. §. 626.
v. Hartitzsch, Entscheid. s. v. Schenkung Nr. 361. S. 363.

Andere vermitteln beide Ansichten dahin, daß die Vermächtnißnehmer, soweit es sich um das ihnen selbst ausgesetzte Vermächtniß handle, keine giltigen Zeugen seien, hinsichtlich der Vermächtnisse an andere Personen und der letztwilligen Bestimmungen über sonstige Punkte aber als giltige Zeugen mitzuzählen seien. Dieses scheine bei den aufgestellten Bedenken der ersten und zweiten Ansicht am natürlichsten.

Harprecht, disp. de testimonio testamentario mortis causa donat.
Müller ad Struv. exerc. 34. th. 58. η. not. 2.
Höpfner, Instit. §. 626. Not. 7.
Thibaut, System §. 934.
Braun, Dictate zu §. 783.
Göschen, Vorles. §. 1001. S. 557.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 801.

VIII.

Streitig ist, ob bei Codicillen eine Rogation der Codicillarzeugen nothwendig sei.

Einige meinen, nach den Worten der L. 8. §. 3 C. de codicill. 6, 36: „in omni autem voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi" müsse die Frage verneint werden, indem gerade darin ein formeller Unterschied zwischen Testament und Codicill bestehe, daß bei den Testaments-, nicht aber bei den Codicillarzeugen eine voraufgehende Rogation nothwendig sei.

Ant. Faber, Cod. lib. 6. tit. 5. def. 3. Nro. 4.
Struv, syntagm. jur. civ. exerc. 34. th. 58. not. δ u. ε.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 6. Nro. 3.
Voet, Comm. in P. 29. 7. Nro. 1.
Wittich, System des Civilr. §. 358 u. 359.
Thibaut, System §. 934.
Hufeland, Lehrb. des gem. Civilrechts §. 1171. Not. 6.
Hugo, röm. Recht S. 219.
Hartitzsch, Erbrecht §. 367.
Roßhirt in Mackeldey's Lehrb. (Aufl. 12) §. 702.
Göschen, Vorles. §. 1001. S. 556. Not. 2.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreit. bürgerl. Rechtsf. Th. 2. §. 250 a. E.

Andere meinen, auch Codicillarzeugen müßten rogirt sein. Denn in der L. 8. §. 3 cit. müsse das Hauptgewicht auf die Worte: debent adhiberi gelegt werden und da das adhiberi testes das Zuziehen von Zeugen, also eine positive Thätigkeit, eine Aufforderung von Seiten dessen, der diese Zeugen zuziehen wolle, voraussetze, so könne die zufällige Gegenwart von 5 Zeugen nicht genügen. In dem Zusatze vel rogati vel qui fortuitu venerint könne daher, wenn nicht ein Widerspruch in die Stelle hineininterpretirt werden solle, die Nothwendigkeit dieser Aufforderung nicht geleugnet werden. Die Worte vel rogati bezögen sich gar nicht auf diese Aufforderung; die wahre Bedeutung sei vielmehr durch den Gegensatz vel qui fortuitu venerint angedeutet. Es solle nämlich keinen Unterschied machen, ob die vom Erblasser adhibirten, d. h. zur Zeugnißleistung aufgeforderten Personen, auf besondere Einladung oder zufällig erschienen seien. Vergl. auch L. 21. §. 2 qui testam. 28, 1. Nov. 90. c. 2 u. 3.

H. Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 19. §. 6.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1513.
Bucher, System der Pand. §. 413.
M. Valett, Lehrb. §. 1111. Not. 65.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 729.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Th. 38. S. 286.
Seuffert, Pandektenrecht §. 601. Not. 4.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890.
Gans, Erbrecht Bd. 2. S. 230.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 232.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 680.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 291. Not. 90.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 801.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 422 f.

Andere meinen, bei Testamenten sei eine feierliche, bei Codicillen eine minder feierliche Rogation erforderlich; durch die Worte vel rogati vel fortuitu venerint habe der Kaiser die Aufforderung der Zeugen durch die bei Testamenten damals noch nothwendige feierliche Rogationsformel für überflüssig erklären wollen.

Stryk, usus mod. P. 29. 7. §. 5.
Stryk, cautela testam. cap. 23. §. 11.
J. H. Böhmer, introductio in jus D. 29. 7. §. 10.

Andere berufen sich auf die Praxis, wonach eine Rogation der Codicillarzeugen nicht erforderlich sei.

B. Carpzov, opus decision. Saxonic. T. II. dec. 147 u. 152. Nro. 23—25.
J. H. Böhmer, consultat. et dec. T. II. P. I. resp. 649.
Cramer, observ. jur. univ. T. III. obs. 848.

Siehe hiergegen

Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 430.

IX.

Streitig ist, ob die Einheit des Orts bei Codicillen erforderlich sei, namentlich ob es genüge, wenn die Zeugen den Erblasser nur reden hörten, ohne ihn zu sehen.

Einige meinen, es genüge, wenn die Zeugen den Erblasser nur hörten, ohne ihn zu sehen.

Jason a Mayno, consil. lib. 3. cons. 82. Nro. 3 und 4.
M. Socinus, cons. lib. 1. cons. 130. Nro. 9.
Dilecti, de arte testandi tit. 2. caut. 8. Nro. 3.
Grass, recept. sent. lib. 1. §. Codicillus qu. 1. Nro. 9.

Andere meinen, nach L. 9 C. de testam. 6, 23 müsse vom Testator das Testament im Angesicht der Zeugen errichtet werden; eine Gleichheit der Testamente und Codicille in diesem Punkte sei in §. 3 inst. de test. ordin. 2, 10 ausgesprochen.

Decius, cons. 354. Nro. 2 u. 3.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 34. th. 58.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 7. §. 6. Nro. 1.
Stryk, de caut. test. cap. 23. §. 17.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 4 u. die Not. 14 Alleg.

X.

Streitig ist, ob bei Codicillen Einheit der Handlung erforderlich sei.

Einige verneinen dies, weil die L. 8. §. 3 C. de cod. ein ganz singuläres Gesetz sei, und die Worte quinque testes — in uno eodemque tempore debent adhiberi nur in ihrer gewöhnlichen Bedeutung aufgefaßt werden müssen, darin aber von einer eigentlichen Einheit der Handlung keine Rede sei, cf. L. 7 C. Theod. 4, 4.

Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 237.
Marezoll das. Bd. 4. S. 55 f. u. 73 f.

Andere erinnern hiergegen, daß die Zeugen nach jenem Gesetze nicht bloß zu derselben Zeit — eodem tempore — also gleichzeitig, sondern auch in einer Zeit, — uno tempore, d. h. in einem einzigen durch die Handlung ausgefüllten Zeitraum fungiren müssen. Werde nun der Act der Errichtung des Codicills durch eine fremdartige Handlung unterbrochen, so falle die Errichtung in zwei, gerade durch diese fremdartige Handlung von einander getrennte Zeiträume, und die Zeugen hätten nicht uno tempore fungirt. Die Einheit

der Zeit schließe daher auch die Einheit der Handlung in sich. Vergl. L. 28 pr. C. de testam. 6, 23.

Sell in den Jahrbüchern Bd. 3. S. 21.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 5 f.

XI.

Streitig ist, was die bei Codicillen erforderliche sog. Einheit des Tages bedeute.

Einige meinen, außer der Einheit der Zeit sei auch noch die Einheit des Kalendertags in dem Sinne erforderlich, daß die Testamentssolennisirung nicht bloß in ununterbrochener Zeitfolge — uno tempore — sondern auch noch an demselben Kalendertage — eodem die — begonnen und vollendet werden müsse, so daß ein kurz vor Mitternacht begonnenes und in einem Zuge und ohne Unterbrechung, aber erst kurz nach Mitternacht, vollendetes Testament eben deshalb nicht zu Recht bestehen könne. Dieses sei auch für Codicille präjudiziell.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 4. S. 98.
Thibaut, System §. 829.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Lang, Lehrb. des Justin. röm. R. §. 412.

Andere verwerfen diese Ansicht ausdrücklich; denn nirgends in den Pandekten werde der Einheit des Tages erwähnt, cf. §. 3. Inst. de test. ordin. 2, 10. L. 8 C. qui testam. fac. 6, 22, und weil jener Rechtssatz jedes vernünftigen Grundes entbehre. Auch sei entscheidend für die Richtigkeit dieser Ansicht die L. 7. §. 2 C. Theod. de codic.

Puchta, Pand. §. 464. Not. f.
Puchta, Vorles. Th. 2. S. 330.
Bachofen, Lehren des röm. Rechts S. 310.
Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 5 a. E.
Sell in f. Jahrbüchern Bd. 3. Nr. 1.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 11 f.

Andere stimmen dieser letzten Ansicht stillschweigend dadurch bei, daß sie die Einheit des Tages nicht mit unter den Erfordernissen der Errichtung des Testaments aufzählen.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 660. Not. 13—16.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 447.
Mackeldey, Lehrb. §. 640.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 818.
Göschen, Vorles. §. 831.
Mayer, Erbrecht §. 9. Not. 5.

XII.

Streitig ist, ob bei schriftlichen solennen Privatcodicillen der Erblasser das Codicill zu unterschreiben habe.

Einige verneinen diese Frage; denn in L. 6. §. 1 u. 2 D. de jure codicill. 29, 7 werde die Unterschrift des Codicillanten ausdrücklich für nicht nothwendig erklärt; und in L. 8. §. 3 C. eod. werde die Unterschrift unter den nothwendigen Erfordernissen der Codicille nicht mit aufgeführt, wie denn auch daselbst ausgesprochen werde, nullam solennitatem ordinationis desiderant.

Stryk, cautela test. c. 23. §. 8.
Voet, Comm. ad P. 29. 7. Nro. 1.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1569. not. h.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 729.
Günther, princ. jur. civ. §. 728.
Claproth, Abhandl. v. Testam. §. 71.
Höpfner, Instit. §. 626. Not. 3.
Wittich, System des Civilrechts §. 359.
Thibaut, System §. 934. Not. s.
Brann, Dictate zu §. 783.
Valett, Pandekten-R. §. 1111. Not. 66.
Roßhirt, Lehre v. d. Vermächtnissen Th. 1. S. 28.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 890. S. 285. Not. 6.
Lang, Lehrb. des röm. Rechts §. 418 a. E.

Andere erklären die Unterschrift des Erblassers auch bei Codicillen für erforderlich. Dies ergebe sich theils aus allgemeinen Principien, theils aus L. 28. §. 1 C. de testam. 6, 23. Die von den Gegnern angeführte L. 6. §. 1 und 2 cit. sei ein Ausfluß des früheren Grundsatzes der Formlosigkeit der Codicille und die L. 8. §. 3 cit. müsse aus der L. 28 C. de test. construirt werden. Der §. 3 Inst. cit. passe gar nicht hierher.

Marezoll in Grolmann's u. Löhr's Magazin Bd. 4. S. 162.
Bucher, System der Pand. §. 413. Not. 1.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448. Not. z.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 729. Not. 5.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verf. in nichtstreit. Rechtss. Th. 2. §. 250. S. 282.
Mackeldey, Lehrb. §. 709. Not. g.
Seuffert, Pandektenrecht §. 601. Not. 6.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 367.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 241 f.
Göschen, Vorles. §. 1001.
Christiansen, Institut. S. 738. §. 28.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2 S. 680. Not. 68.
Arndts das. Bd. 6. S. 291. Not. 92.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 800.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 425.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 3.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 22 f.

Präjudiz 1.

Da 1) die Errichtung eines schriftlichen, von dem Codicillanten nicht eigenhändig geschriebenen Codicills allerdings die Unterschrift des Codicillanten erfordert, indem die L. 28 C. de test. 6, 23 gemeinschaftliche Bestimmungen für Testamente und Codicille enthält, und wenn im §. 1. leg. cit. verordnet worden, daß vom Testator und Codicillanten eigenhändig geschriebene Testamente und Codicille auch ohne die Unterschrift des Testators oder Codicillanten bei Kräften bleiben sollen, nicht anders angenommen werden kann, als daß diese Unterschrift zur Form nicht eigenhändig geschriebener Testamente und Codicille gehört; der Mangel der Unterschrift mithin wie für schriftliche Testamente, so für schriftliche Codicille, die Entstehung deren Rechtsgiltigkeit verhindern muß, übrigens L. 6. §. 1, 2 D. de jure codic. 29, 7 nur historische Bedeutung hat und L. 8. §. 3 C. de codic. 6, 36, worin keineswegs sämmtliche Requisite der Codicille aufgeführt sind, durch die neueren, in L. 28 C. de test. 6, 23 gegebenen Vorschriften ergänzt wird, und diesem gemäß zu ergänzen ist;

2) die fragliche Disposition nur als schriftliches Codicill angesehen und beurtheilt werden kann, weil der beim Beginne des Geschäfts vom Disponenten ausdrücklich abgegebenen Erklärung zufolge die Errichtung einer schriftlichen letztwilligen Verfügung wesentlich beabsichtigt, diese Absicht durch Verfertigung einer Urkunde bethätigt, sodann aber durch Genehmigung des vorgelesenen Inhalts, sowie durch mit Kreuzen geschehene Unterzeichnung derselben und zuletzt durch das Ersuchen, „die schriftliche testamentarische Aufnahme" in Verwahrung zu nehmen, anderweit dargelegt, auch in der an die Anwesenden gemachten Aufforderung — „zu verweilen, bis er (Disponent) einen testamentarischen Aufsatz habe anfertigen lassen" — und in der solchem Antrage von Seiten der Zeugen ertheilten Zustimmung nur die Rogation und der Wille, durch ihre Gegenwart die bevorstehende Errichtung einer schriftlichen testamentarischen Verordnung zu solennisiren und dafür die Zeugen-

schaft zu übernehmen, enthalten, und es also ohne Einfluß ist, wenn nebenbei der Inhalt der Disposition den Zeugen eröffnet worden, nachdem sie in Gemäßheit der ergangenen und angenommenen Aufforderung, ihre Aufmerksamkeit nicht auf den Inhalt zu richten hatten, sondern lediglich die Authenticität des schriftlichen Aufsatzes zu sichern berufen und gewillet waren;

3) in Ermangelung der Nachweisung solcher Erklärungen oder Thatumstände, aus welchen eine eventuelle Absicht der Art mit Sicherheit zu erkennen,

L. 1 D. de jure cod. 29, 7.
L. 29 D. qui test. fac. poss. 28, 1.
L. 8. §. 1 C. de cod. 6, 36.

die fragliche Disposition auch als mündliches Codicill oder als Schenkung auf den Todesfall, selbst wenn deren Requisite vorhanden, nicht aufrecht erhalten ist, die Schenkung auf den Todesfall überdies die Acceptation des Beschenkten zu ihrer Rechtsgiltigkeit erfordert, und wenn sie ohne Acceptation als Fideicommiß bestehen soll, dieses mindestens eine folgerechte letztwillige Verordnung voraussetzt, an welcher, wie deducirt worden, im gegenwärtigen Falle es ebenmäßig fehlt; so ꝛc.

Erk. des OLG. Wolfenbüttel vom 25. Sept. 1843, u S. Meyer c. Maasberg.

XIII.

Streitig ist, ob der Erblasser das Codicill vor der Unterschrift der Zeugen unterschreiben müsse, oder ob es genüge, wenn solches nach der Unterschrift der Zeugen geschehe.

Einige meinen, bei Codicillen genüge es, wenn der Erblasser das bereits früher von ihm ge-, resp. unterschriebene Codicill von den Zeugen habe solennisiren lassen, indem die Praxis rücksichtlich der über die Form der letzten Willenserklärungen bestehenden Controversen als leitenden Grundsatz festhalten müsse, daß die Nichtbeobachtung einer Form, von welcher nicht mit absoluter Gewißheit feststehe, daß sie in dem geltenden Rechte erfordert werde, unschädlich sei. Die für Testamente geltende Vorschrift, daß die Unterschrift des Erblassers im Acte der Errichtung selbst und in Gegenwart der Zeugen beigesetzt werden müsse, sei aber auf Codicille nicht ausgedehnt, indem die unitas actus, so weit sie auch für letztere geboten sei nach den Worten der L. 8. §. 3 C. de cod. — in una eodemque tempore debent adhiberi — eine ganz andere Bedeutung habe.

Seuffert u. Glück's Blätter für Rechtsanwend. Bd. 3. S. 140.

Andere meinen, der Testator müsse das Testament, bevor die Zeugen unterschrieben haben, unterschreiben. Daß die unitas actus bei Codicillen eine andere Bedeutung als bei Testamenten habe, widerspreche der L. 28 pr. C. de test., aus welcher sich die Identität der unitas actus bei beiden Arten der letzten Willenserklärungen ergebe. In der L. 28. §. 1 C. eod. sei auch Testament und Codicill hinsichtlich der subscriptio des Erblassers ganz gleichmäßig behandelt. Der Umstand, daß Justinian im Eingange seiner Constitution eine theilweise Aenderung der L. 21 pr. C. de test. anknüpfe und in den Dispositivworten diese Aenderung sowohl für Testamente als Codicille vornehme, beweise, daß er von der Voraussetzung ausgehe, daß die Formvorschriften der L. 21 pr. C. cit. auch auf die Codicille zur Anwendung zu bringen seien.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 30.

XIV.

Streitig ist, ob die Codicillarzeugen zu ihrer Unterschrift auch ein Siegel hinzuzufügen haben.

Die Meisten verneinen dies wegen L. 8. §. 3 C. de codic. L. 28. §. 1 C. de testam., vergl. L. 6. §. 1 u. 2 D. de jure cod. §. 3 inst. eod., indem Justinian bei den Codicillen nur die Unterschrift der Zeugen, nicht aber auch deren Siegel verlange.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 448.
Puchta, Pand. §. 523.
Sintenis, Civilr. §. 208. S. 704.
Thibaut, System §. 934.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 680.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890.

Andere verlangen auch die Untersiegelung des Codicills durch die Codicillarzeugen. Der Ausdruck subnotatio in L. 8. §. 3 cit. vergl. mit L. 30 D. qui test. fac. poss. 28, 1 bedeute den Act des Siegelns und dieses Requisit sei bei dem Testamente eines Blinden in L. 8. §. 1 C. qui test. fac. 6, 22 ausdrücklich anerkannt. Als Singularität sei dies für Blindencodicille nicht zu betrachten, da Singularitäten ohne Noth nicht anzunehmen seien. Endlich sei auch die L. 8. §. 3 C. cit. gar nicht dazu bestimmt, die bei Codicillen zu beobachtenden Formalitäten so genau anzugeben, daß aus dem Stillschweigen über ein Erforderniß ein Schluß auf dessen Nichtvorhandensein gezogen werden dürfe, wenn es an sonstigen positiven Gründen fehle.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 33 f.
Bachovius in s. Institutionen-Comment. ad §. 3 inst. de cod.
Trützschler, Anweisung zur vorsichtigen Abfassung rechtl. Aufs. Th. 2. Hptabth. 6. Hptst. 4. §. 11.

Vergl. auch

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 19. Nro. 7.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 240.

XV.

Streitig ist, inwiefern ein zur Pestzeit errichtetes Codicill privilegirt sei.

Einige meinen, ein solches Codicill bedürfe keiner Zuziehung von Zeugen; denn das testamentum pestis tempore conditum könne, kraft eines allgemeinen Gewohnheitsrechtes, vor zwei Zeugen errichtet werden, und nach L. 8. §. ult. C. de cod. erfordere ein Codicill stets zwei Zeugen weniger als ein Testament.

J. H. Böhmer, diss. de codic. ab intest. sine test. valid. c. 2. §. 13.

Andere meinen, bei diesem Codicille sei kraft eines allgemeinen Gewohnheitsrechts die Zahl der Zeugen bis auf zwei nachgelassen.

Brunnemann ad L. ult. C. de codic. Nro. 16.
Müller ad Struv. syntagma jur. ex. 34. th. 51.
Müller, promtuarium jur. T. II. p. 1215. not. 1.
Leyser, sp. 368. med. 1--5.
Carpzov, T. III. const. 4. defin. 3 u. 13.
Berlich, pract. conclus. P. IV. concl. 2. Nro. 14 sq.

Andere meinen, das Privilegium des zur Pestzeit errichteten Codicills bestehe nur darin, daß die fünf Zeugen nicht gleichzeitig zu fungiren brauchten, L. 8 C. de testam. 6, 23. Das angebliche Gewohnheitsrecht bestehe nur im sächsischen Rechte und die L. 8. §. ult.

C. de codic. betreffe nur das solenne Privattestament und Codicill, wobei eine Analogie auf privilegirte Codicille, weil nicht eadem ratio vorliege, unthunlich sei.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 66.

XVI.

Streitig ist, ob und inwiefern ein auf dem Lande errichtetes Codicill — ruri conditum — privilegirt sei.

Einige meinen, zu diesem Codicille genüge die Zuziehung von drei Zeugen; denn das Testament, welches auf dem Lande errichtet werde, bedürfe fünf Zeugen, nach L. 8. §. ult. C. de codic. würden bei Codicillen stets zwei Zeugen weniger als bei Testamenten erfordert, folglich müßten drei Zeugen genügen.

Stryk, de cautela testam. c. 13. §. 17.

Andere meinen, das Privilegium sei nur bei schriftlichen Testamenten denkbar, insofern dabei nur fünf Zeugen, wenn mehr nicht zu bekommen wären, zuzuziehen seien; es könne aber hieraus für das Codicill kein Vorrecht abgeleitet werden; auch betreffe die L. 8. §. ult. cit. nur das solenne Privatcodicill, und eine Analogie sei auf privilegirte Codicille unthunlich, zumal nicht eadem ratio vorliege.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 68.

Das Privilegium bestehe also nur darin, daß die schreibkundigen Zeugen für die schreibunkundigen, sofern nicht fünf des Schreibens kundige Zeugen zu haben seien, unterschreiben dürften.

Valett, Pandektenrecht §. 1112.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890 a. E.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 69 und die daselbst Not. 61 Allegirten.

XVII.

Streitig ist, ob Soldaten bei Errichtung von Codicillen privilegirt seien.

Einige meinen, das formelle Privilegium des militärischen Codicills bestehe darin, daß der in der Schlacht befindliche Soldat keine Form zu beobachten brauche; daß es dagegen dem auf dem Feldzuge, aber nicht in der Schlacht befindlichen Soldaten gestattet sei, das Codicill vor zwei (Solennitäts-) Zeugen zu errichten, arg. L. 17 C. de testam. milit. 6, 21. Notariats-Ordn. Tit. von Testamenten §. 2.

Thibaut, System §. 934. vergl. mit §. 842.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 32 u. 67 f.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 61.

Andere meinen, nach Justinianischem Rechte brauche der in expeditione befindliche Soldat weder bei Testamenten noch bei Codicillen irgend eine Förmlichkeit zu beobachten. Dies sei in dem cit. §. 2 der Not.-Ordn. zwar hinsichtlich der Testamente abgeändert, nicht aber hinsichtlich der Codicille, so daß ein auf dem Feldzuge, nicht aber in der Schlacht befindlicher Soldat das Codicill formlos errichten dürfe. Vergl. auch L. 8. §. 4 D. de jure cod. 29, 7.

J. H. Böhmer, diss. de codicillis ab intestato sine testib. validis c. 2. §. 11.
Müller, promtuarium juris T. II. p. 1212.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890 a. E.

Die Widerlegungen dieser Ansicht stehe bei
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 63 f.

XVIII.

Streitig ist, ob es ein privilegirtes Codicill der Eltern unter Kindern gebe.

Einige verwechseln solches Codicill mit der divisio parentum inter liberos.

Müller ad Struv. exerc. 34. th. 57.
Müller, promtuarium jur. T. II. s. v. codicillus Nro. 22.
Lang, Lehrb. des Just. röm. Rechts §. 418.

Andere erwähnen dergleichen Codicille überhaupt nicht.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 381. Not. 27. Bd. 42. S. 165 f.

Andere erkennen das privilegirte Codicill der Eltern unter Kindern, neben der divisio parentum inter liberos als eine selbständige Verfügungsact an.

Valett, Pandektenrecht §. 1112. Not. 73 u. 74.
Schweppe, röm. P.-R. §. 890 a. E., vergl. mit §. 820 a. E.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 72.

Präjudiz 1.

Was ad grav. 1. a. die Legitimation des Klägers zur Sache betrifft, so kann die in der Klage in Bezug genommene letztwillige Disposition der Wittwe Bodenstedt als ein Testament der Eltern unter den Kindern schon deshalb nicht angesehen werden, weil sie eine Erbeseinsetzung nicht enthält und ohne eine solche ein Testament nicht errichtet werden kann. §. 34 Inst. de leg. Als eine Theilung der Eltern unter Kindern ist sie ebenfalls nicht aufrecht zu halten, weil eine solche nach dem in dieser Hinsicht nicht abgeänderten römischen Rechte, Nov. 18. c. 7, wenn nicht die Vertheilung durch Tradition sofort factisch vollzogen wird, in einem schriftlichen, vom Parens oder den Kindern zu unterschreibenden Aufsatze errichtet werden muß, aus dem neben der Klage producirten Aufsatze aber hervorgeht, daß derselbe so wenig von den Kindern als von der Mutter unterschrieben ist, vielmehr sich nur 3 Kreuze darunter befinden, welche von der Mutter herrühren sollen, aber die nach dem Gesetze erforderliche Unterschrift um so weniger ersetzen können, als ein nur mit Kreuzen versehenes Scriptum überhaupt kein recognoscibles Document ist. Außer diesem Formmangel würde die fragliche Verfügung als Theilung unter den Kindern hinsichtlich der Kinder des Klägers ungiltig sein, weil ihr Vater noch lebt und sie daher nicht die unmittelbaren Intestaterben der Disponentin waren. Zwar sind mehrere Rechtslehrer der Meinung, daß eine simple Vertheilung der Erbschaft von Seiten eines Ascendenten unter den Descendenten mittelst einer letztwilligen Verfügung ohne Beobachtung einer weitern Form als die schriftliche Errichtung und Unterzeichnung, auch hinsichtlich solcher Descendenten giltig sei, zwischen welchen und dem Disponenten noch ein anderer Descendent in der Mitte steht; allein die entgegenstehende Meinung anderer Rechtslehrer ist den Gesetzen — L. 26 C. de fam. hercisc. inter omnes duntaxat heredes suos etc. — entsprechender, indem auch der Grund dieser privilegirten Disposition offenbar darin liegt, daß die Intestaterbfolge unverändert bleibt und der Ascendent nur unter seinen zunächst zur Erbfolge berufenen Descendenten sein ganzes Vermögen oder einzelne Gegenstände vertheilt — Nov. 18. c. 7 Eingang. — Das Untergericht ist nun zwar der Meinung, daß die mehrerwähnte Disposition als mündlich vor 2 Zeugen errichtete letztwillige Verfügung aufrecht zu erhalten sei, indem es so argumentirt: da nach den Reichsgesetzen (Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 2) von Eltern selbst ein Testament unter den Kindern vor 2 Zeugen errichtet werden könne, so müsse um so mehr eine simple Erbvertheilung eines Ascendenten unter seinen Kindern oder ein Codicill, welches eine Bestimmung zu Gunsten eines Descendenten enthalte, wenn es auf dieselbe Weise errichtet worden, rechtsbeständig sein, da diese weniger bedeuteten als ein Testament und deshalb schon im Allgemeinen geringeren Förmlichkeiten unterworfen seien. Allein dieser Argumentation steht entgegen, daß in der Nov. 18 eine besondere Form für simple Erbvertheilungen und Codicille

der Eltern unter den Kindern vorgeschrieben und in den Reichsgesetzen nur hinsichtlich der Testamente eine mündliche Errichtung vor 2 Zeugen für zulässig erklärt, hinsichtlich der Erbvertheilungen und Codicille aber an der für diese besonders vorgeschriebenen Form nichts geändert, die Rechtsbeständigkeit der letzteren also auch bloß nach dem römischen Rechte zu beurtheilen ist. Durch die letztwillige Disposition der Wittwe Bodenstedt ist also Kläger nicht legitimirt.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel v. 10. Jan. 1837, i. S. Brandes u. Bodenstedt.

XIX.

Streitig ist, wie sich das Codicill der Eltern unter Kindern von einer divisio parentum inter liberos unterscheide.

Einige meinen, das Codicill der Eltern unter Kindern bedürfe gar keiner Förmlichkeit, L. ult. C. fam. herc. 3, 36. Nov. 18. c. 7. Nov. 107 pr.

Böhmer, diss. de codic. ab intest. sine testib. valid. cap. 2. §. 14.
Müller, promtuarium juris T. II. p. 1213 sq.

Andere meinen, solches Codicill unterscheide sich von der divis. par. int. lib. in formeller und materieller Hinsicht. In ersterer Hinsicht erfordere nämlich die divisio nur einen von dem Erblasser oder sämmtlichen Kindern unterschriebenen Aufsatz, während bei dem Codicille der dispositive Inhalt und das Datum von dem Ascendenten eigenhändig niedergeschrieben sein müsse und nach der Not.-Ordn. Tit. von Testam. §. 2 auch zwei Zeugen zugezogen werden müssen. Der materielle Unterschied bestehe darin, daß der Erblasser in einer divisio nur eine bestimmte Verfügung auf den Todesfall, nämlich eine Erbtheilung, vornehmen könne, während in einem privilegirten Codicille auch alle sonstigen Anordnungen, wie sie überhaupt in einem Codicille zulässig sind, getroffen werden könnten.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 80 f. S. 90.
Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 239.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4. S. 105 u. 108.

XX.

Streitig ist, ob auch bei dem Codicille eines Blinden dieselbe Form wie bei dem Testamente eines Blinden zu beobachten sei.

Einige bejahen dies und verlangen demgemäß die Zuziehung von 7 Zeugen und einem Notare, und falls ein solcher nicht vorhanden sei, die Zuziehung eines achten Zeugen. Dies folge aus den Worten der L. 8 C. qui test. fac. 6, 22, wo für das Codicill gerade die nämliche Form, wie für das Testament vorgeschrieben worden, und zwar nicht als eine Singularität, sondern als eine natürliche Folge der vorhergehenden Bestimmungen über die Testamentsförmlichkeiten, cf. auch die Not.-Ordn. Tit. von Testam. §. 11.

Mackeldey, Lehrb. §. 702.
Valett, Pandektenrecht §. 1112.
Glück, Pand. §. 34. S 39 und die Not. 69 das. aufgef. ältern Rechtslehrer.
Thibaut, System §. 934. Not. o.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 723. Not. 3.
Seuffert, Pandektenrecht §. 601. Not. 9.
Roßhirt, Civilr. §. 617.
Danz in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 229.
Lang, Lehrbuch des Just. R. §. 418.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 529.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 291.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 17.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 91.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 835.

Andere meinen, es genüge, wenn außer den sonst erforderlichen fünf Zeugen noch ein Notar oder in dessen Ermangelung ein sechster Zeuge zugezogen werde. Dies bringe schon die Analogie der Codicille im Allgemeinen mit sich, und in den Basiliken, oder vielmehr in der synopsis Basilicorum p. 325 (ed. Heimbach T. III. p. 550) sei gesagt, der Blinde, welcher mündlich testiren wolle, solle dies in Gegenwart von 7 oder 5 Zeugen und eines tabularius thun. Die Worte ἢ ε' — vel quinque — seien auf Codicille zu beziehen.

Walch, introd. in controv. jur. civ. p. 320.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 486.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1569. not. c.
Westphal, von Testam. §. 43.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 1. S. 26.
Meyer in Schweppe's röm. P.-R. §. 890.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth 2. S. 557. Not. 4.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 425.
und die in Glück's Pand. Bd. 34. S. 39. Not. 71 zahlreich allegirten älteren Rechtslehrer.

XXI.

Streitig ist, welche Erfordernisse bei dem schriftlichen Testamente eines Schreibens Unkundigen, oder eines aus physischen Gründen, z. B. wegen Lähmung der Hand, Schreibunfähigen vorliegen.

Einige meinen, es sei sowohl bei deren Testamente als deren Codicill ein nothwendiges Erforderniß, daß sieben Zeugen und ein octavus subscriptor zuzuziehen seien. Dies folge aus analoger Anwendung der über die letztwilligen Verfügungen der Blinden bestehenden Vorschriften.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 92.

Andere meinen, es genüge die Zuziehung von fünf Zeugen und eines sextus subscriptor.

Brunnemann ad L. ult. C. de codic. Nro. 17.
Carpzov, decis. P. II. dec. 147. Nro. 8.
Lynker, res. 601.

Andere, welche für die Codicille der Blinden 7 Zeugen und einen Notar oder achten Zeugen verlangen, begnügen sich hier mit fünf Zeugen und dem sechsten subscriptor.

Seuffert, Pandektenrecht §. 601. Not. 6.

Andere, welche die Nothwendigkeit der Unterschrift des Codicillanten leugnen, erfordern nur fünf Zeugen, weil die Unterschrift des subscriptor nur ein Surrogat für die Unterschrift des Erblassers sei, und daher wegfallen müsse, wo die letztere nicht erfordert werde.

Lang, Lehrb. des Just. Rechts §. 418 a. E.

Andere verlangen, obgleich sie die Unterschrift des Erblassers unter das Codicill nicht für nothwendig halten, dennoch sechs Zeugen.

Müller, promtuarium jur. T. II. s. v. codicillus Nro. 11.,

XXII.

Streitig ist, ob der Testator befugt sei, formlose Zettel — schedae oder schedulae testamentariae — seinem Testamente

mit der Wirkung beizufügen, daß diese Testamentszettel oder „Beilagen“ als integrirende Theile des Testaments, wie wenn sie in dem letzteren selbst enthalten wären, zu behandeln seien.

Einige meinen, solche Testamente z. B. des Inhalts: daß dasjenige, was wir durch ein oder mehrere Codicille, eingelegte, von unserer Hand geschriebene oder unterschriebene und signirte Zettel oder sonsten weiter verordnen werden, also stark und giltig sein solle, als wäre es hier von Wort zu Wort enthalten, wären integrirende Theile des Testaments und wie wenn dergleichen Zettel in dem Testamente enthalten wären, zu behandeln, auch wenn alle übrigen Förmlichkeiten fehlten, arg. L. 2. §. 2. L. 3. §. fin. L. 14. L. 16 D. de jure cod. 29, 7.

Stryk, cautela testam. cap. 2. §. 12.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 75.
Harprecht, cons. Tubing. Vol. I. cons. 5.
Brunnemann, Comment. in P. ad L. ult. de leg. II. Nro. 4.

Andere meinen, diese reservatorische Clausel und Testamentszettel seien bei Lichte betrachtet nichts anderes, als entweder sog. mystische Verfügungen oder confirmirte Codicille, in Verbindung gebracht mit der sog. codicillarrechtlichen Fiction. In der neuern Praxis seien dergleichen Clauseln an sich unverbindlich.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 131 und die das. Alleg.

Präjudiz 1.

Man kann nicht mit der vorigen Instanz annehmen, daß der §. 23 des Codicilles der v. R. vom 22. Juli 1844, nach welchem,

> dafern sie die im vorstehenden Codicille und sonst in ihrem oberwähnten letzten Willen getroffenen Verfügungen in der einen oder andern Hinsicht abzuändern oder dafür etwas Anderes festzustellen sich bewogen finden sollte, alle darauf Bezug nehmende, unter einem spätern Tage aufgesetzte, mit ihrer vollständigen Namensunterschrift sowohl als mit ihrem beigedrückten Siegelringe versehene, von ihrem Neffen, N. v. P., als Zeugen mit unterschriebene und bei ihrem Ableben in ihrem Nachlasse sich vorfindende Anordnungen eben die Kraft und Verbindlichkeit haben sollten, als wenn sie in ihrem Testamente selbst ausgesprochen wären,

sich nicht zugleich habe auf solche Niederschriften beziehen sollen, welche zu Folge eines besondern Privilegii ohne alle Förmlichkeiten rechtliche Wirkung haben. Die v. R. nämlich bezweckte offenbar eine leichtere Form für alle etwa zu treffende letztwillige Verfügungen, wenn sie aussprach, daß gewisse unter einem spätern Tage aufgesetzte, mit ihrer vollständigen Namensunterschrift sowohl als mit ihrem beigedrückten Siegelringe versehene, bei ihrem Ableben sich in ihrem Nachlasse vorfindende Anordnungen eben die Kraft haben sollten, als wenn sie in ihrem Testamente selbst ausgesprochen wären. Eine Erschwerung dagegen war es für dergleichen letztwillige Dispositionen, wenn sie hinzufügte, daß zu ihrer Giltigkeit die Mitunterschrift ihres Neffen, N.'s v. P., erforderlich sei. Diese Anordnung muß einen Grund gehabt haben. Derselbe läßt sich auch leicht auffinden, da solche Verfügungen aus gleichem Grunde und zu gleichem Zwecke in letztwilligen Verfügungen gar nicht selten vorkommen. Die v. R. nämlich wollte verhüten, daß nicht jede von ihr zu Papier gebrachte Idee, auch wenn sie noch nicht zu einem festen Entschlusse gereift war, für eine letztwillige Disposition angesehen würde. Sie wollte sich also die Freiheit wahren, Ideen, über deren Verwirklichung sie noch nicht mit sich einig geworden, unnachtheiliger Weise niederschreiben zu können. Der Grund, aus dem sie für ihre letztwilligen Anordnungen eine gewisse Form vorschrieb, traf mithin auch Dispositionen zu Gunsten milder Stiftungen, denn wenn gleich das Gesetz hinsichtlich derselben von allen Feierlichkeiten dispensirt, setzt es doch immer voraus, daß über die Absicht des Testirers kein Zweifel obwalte. Wenn derselbe daher im Allgemeinen ausspricht, daß ein in seinem Nachlasse aufgefundener Aufsatz nur dann als eine letztwillige Verfügung betrachtet werden soll, wenn rücksichtlich derselben eine gewisse Förmlichkeit beobachtet worden ist, so muß diese nothwendig auch für Vermächtnisse zu milden Zwecken verlangt werden.

Erk. des OAG. zu Dresden i. S. des Stadtrathes zu Waldheim, Kl., der Armenversorgungsbehörde zu Dresden, Mitkl., gegen L. R. C. v. d. P., Bekl., K. F. C. v. R., Mitbekl., v. 27. März 1851.
Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 10. Heft 6. Nr. 44. S 526 f.

XXIII.

Streitig ist, ob Erklärungen und Erläuterungen, z. B. die vorbehaltene Nennung des Namens des Erben u. s. w., insofern der Erblasser in seinem Testamente auf eine spätere formlose Schrift verwiesen hat, der Codicillarform bedürfen.

Einige bejahen dies; eine solche Urkunde, auf welche der Testator sich bezieht, sei ein codicillus testamento confirmatus, folglich auch, wie sonst, die gewöhnliche Beglaubigung durch Zeugen nothwendig.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 4. not. 6.
Wernher, lectiss. comment. in P. 28. 1. §. 34. pag. 567.
Müller ad Leyser. obs. 618.
Thibaut, System §. 832. Not. k, vergl. mit §. 934. Not. x.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 455. Not. f.
Valett, Pandektenrecht §. 976 hinter Not. k, vgl. mit §. 1111. Not. 59.

Andere meinen, jene Ansicht beruhe auf einem Irrthum, da es sich in diesem Falle gar nicht um eine selbständige codicillarische Disposition handle, vielmehr nur der Inhalt der Urkunde als die Erfüllung einer der Erbeinsetzung u. s. w. hinzugefügten Bedingung in Betracht komme. Der Umstand, daß ohne diese Erklärung die letztwillige Disposition nicht würde in's Leben treten können, stemple die Erklärung noch nicht zu einer selbständigen, einer besonderen Form bedürfenden letztwilligen Erklärung. Widrigenfalls müßte man allen Factis, welche sich als Erfüllung einer der Erbeinsetzung u. s. w. hinzugefügten Bedingung herausstellen, und welche insofern allerdings Einfluß auf die Realisirung der letztwilligen Disposition haben, als ohne sie die letztere nicht in's Leben treten könnte, juristische Wirkung nur beilegen, wenn sie vor fünf rogirten Zeugen zur Existenz gekommen wären.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 243.
A. Faber, err. Pragm. dec. 69. err. 3.

XXIV.

Streitig ist, ob die Verbalrevocation, also namentlich der einfache Widerruf, eines Vermächtnisses, Legats oder Fideicommisses einer besondern Form bedürfe.

Einige, namentlich Aeltere meinen, daß der Widerruf in der gewöhnlichen Codicillarform erfolgen müsse.

Glossa Probata in L. 27 C. de fideicomm. 6, 42.
Lauterbach, coll. th. pr. P. de adim. legat. §. 5.

Struv, synt. jur. exerc. 35. th. 81.
Strauch, diss. ad univ. jus Justin. X. th. 16.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 6. §. 30.
Dunius, de veteri ac novo jure codicill. comment. p. 174.

Andere meinen, die Codicillarform sei zwar nicht erforderlich, es sei aber cautelarisch, fünf Zeugen zu adhibiren.

Stryk, de caut. testam. cap. 24. §. 41.

Andere meinen, Theorie und Praxis des gegenwärtigen Jahrhunderts habe sich für die Formlosigkeit dieser widerrufenden Verfügungen entschieden.

Cocceji, jus controv. tit. de adim. leg. qu. 1.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 4. §. 31.
Overbeck, Meditationen Bd. 4. Abh. 256.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1585.
Madihn, princ. jur. Rom. §. 895.
Thibaut, System §. 981. Not. b u. c.
Mackeldey, Lehrb. §. 722.
Hufeland, Lehrb. §. 1312 Not. 1.
Buchee, System der Pand. §. 469. Not. 2.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 475.
Seuffert, Pandektenrecht §. 627. Not. 1 u. 2.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 784.
Schweppe, röm. P.-R. §. 912.
Valett, Pandektenrecht §. 1227.
Puchta, Pand. §. 537.
V. Schilling, Pandektenrecht §. 619.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 866.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. S. 732.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 298.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 149 f.

Die Praxis wird bezeugt von

Stryk, usus mod. P. tit. de adim. leg. §. 1 u. 2.
Pufendorf, observ. T. II. obs. 116
Strippelmann, Samml. Th. 6. S. 457 u. 461.

XXV.

Streitig ist, ob der in einem nichtigen Testamente oder Codicill bestellte Vormund zu confirmiren sei.

Dies bejahen Einige, wegen L. 2 und 3 C. de confirm. tut. 5, 29.

Seuffert, Pandektenrecht Th. 3. §. 496. Not. 5.
Valett, Pandektenrecht §. 880. Nr. 1.
Roßhirt, Civilr. §. 166. Not. 3.
Sintenis, Civilr. §. 147. Not. 35.

Andere lassen sogar zur Confirmation jeden formlosen Willen des Erblassers genügen.

Thibaut, System §. 397. Not. g.
Hufeland, Lehrb. des Civilrechts §. 1609.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 582.
Puchta, Pand. §. 338.
Arndts, Pand. §. 444.

Andere meinen, die Confirmation setze immer ein formell giltiges Codicill und die Antretung der testamentarischen oder Intestaterbschaft, mit welcher das Codicill verbunden ist, voraus.

Rudorff, Recht der Vormundschaft Th. 1. S. 320 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 1. §. 255. Not. 1. c.
Mackeldey, Lehrb. §. 578.
Göschen, Vorlef. §. 749.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 169 f.

XXVI.

In L. 1. §. 2 D. de rebus eorum 27, 9 wurde den Tutoren und Curatoren verboten, praedia rustica oder suburbana der Pupillen und Curanden ohne Decret des Prätors zu veräußern. Es wurde jedoch ausdrücklich die Ausnahme hinzugefügt: nisi ut id fiat parentes testamento vel codicillis caverint. **Streitig ist nun, von welcher Art die Willenserklärung der Eltern sein müsse.**

Einige meinen, eine formlose Willenserklärung der Eltern sei hinreichend, Testament und Codicill seien nur beispielsweise erwähnt; denn nach L. 14 D. de rebus eorum 27, 9 sei ja die Veräußerung rechtsbeständig, wenn auch später das Testament durch capitis deminutio u. s. w., ohne widerrufen zu sein, ungiltig geworden wäre.

Rudorff, Recht der Vormundschaft Th. 2. §. 140. S. 416.

Andere Juristen gehen nicht ganz soweit, indem sie eine testamentarische Erlaubniß verlangen, dabei aber zugleich bemerken, daß die Ungiltigkeit des Testaments ohne Einfluß sei.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 408. Not. c.
Sintenis, Civilr. §. 149. Not. 84.
Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts S. 154. (1848.)

Andere meinen, obige Worte der L. 1 cit. dürften weder im Wege einer Extensivinterpretation noch der Analogie auf mündliche Erklärungen ausgedehnt werden, und sei deshalb heut zu Tage mindestens die Codicillarform nothwendig, da in der L. 1 cit. nur Testament und Codicill angeführt seien.

Mackeldey, Lehrb. §. 601 bei Not. k.
Schweppe, röm. P.-R. §. 762. S. 358. Not. 5.
Valett, Pandektenrecht §. 907.
Arndts, Lehrb. der Pand. §. 437. Not. y.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 17.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 173 f.

Codicille, ob darin eine exheredatio bona mente vorgenommen werden kann? s. exheredatio bona mente c. 6.

— — cautela Socini darin, s. cautela Socini c. 3.

Collation, Schluß davon auf die legitima, s. Pflichttheil B. c. 1.

Collationspflicht*).

Pfizer, über die Collation der Descendenten.
Petersen, de collat. bonorum ad hered. (1825).
Francke, Grundzüge d. Lehre des röm. Rechts v. der Collation in dessen civil. Abhandl. Nr. 4. S. 174.
Roßhirt, Einl. in das Erbrecht S. 414.
Derselbe, testam. Erbrecht II. S. 204.
Hunger, Erbrecht S. 508.
Mayer, Erbrecht I. §. 124 f.
Göschen, Vorlesungen Bd. 3. Abth. 2. S. 457.
v. Vangerow, Pand. §. 515 f.
Reinhard, Lehre von der Einwerfung nach röm. Recht u. würtemb. Recht.
Fein, Recht der Collation, u. dazu:
Pfordten, Recens. in den Leipziger krit. Jahrb. 1844. S. 870 f.

*) Die Lehre von der Collation hat in Folge der Aenderungen Justinian's theils in dieser Lehre selbst, theils in Ansehung der Vermögensverhältnisse und Erwerbsfähigkeit der Kinder in väterlicher Gewalt, sowie der Intestat- und Notherbfolge eine wesentliche Umgestaltung erfahren. In Folge dessen ist es oft sehr schwer, die auf andere Voraussetzungen be-

I.

Streitig ist, ob die collatio emancipati durch die Justinianischen Bestimmungen, und namentlich durch die Reform des Intestaterbrechts in Nov. 118 absorbirt und abgeschafft, oder noch anwendbar sei.

Die Meisten bejahen das Erstere, wonach denn Justinian ganz allgemein das Princip substituirt habe, die Vermuthung streite dafür, daß die Ascendenten keines ihrer Kinder haben begünstigen wollen; darum müßten sie einander Alles das conferiren, was sie inter vivos unentgeltlich von ihren Eltern erhalten hätten, wovon man dann eine Reihe von Ausnahmen aufstellte. In Uebereinstimmung damit sei also die praktische Lehre von der Collation nur Ein Institut, genannt collatio communis, oder der Descendenten; nur insofern divergirte man in der Begründung, daß diese Reform durch den Codex oder durch Nov. 115 und 118 geschehen sei. Man nahm an, daß nach Nov. 118 die Emancipirten überall nicht mehr der bonorum possessio bedürften, um mit den sui heredes zur Erbfolge zu gelangen, nur bei der bonorum possessio aber denselben die Collation zur Pflicht gemacht sei.

Hofacker, principia juris civ. §. 1633.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 469.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Pfitzer, über die Collation der Descendenten §. 46.
Roßhirt, Einl. in das Erbrecht S. 414 f.
Roßhirt, testam. Erbrecht II. S. 204.
Fein, die Collation S. 138.
Schweppe, röm. P.-R. §. 862.
Puchta, Pand. §. 513 d.
Puchta, Vorles. II. S. 411.
Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 1.

zum Theil:
v. Vangerow, Pand. §. 515.

Andere meinen, daß auch nach dem neuesten Justinianischen Rechte noch eine eigenthümliche Collation der Emancipirten anzunehmen sei, weil ein späteres allgemeines Gesetz nicht von selbst die besonderen Bestimmungen des ältern Rechts beseitige.

Francke, civil. Abhandl. Nr. 4. S. 224 f.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 720. not. 7.
Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 1. §. 188.
Mayer, Erbrecht Bd. 1.
Thibaut, System §. 884.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 822 f.
Hunger, Erbrecht §. 156.

II.

Streitig ist, ob derjenige, welcher die Erbschaft ablehnt, zu conferiren verbunden sei.

Einige bejahen dies.

Kretschmann, Beiträge zur Berichtigung der posit. Rechtsgelehrs. I. S. 181.

---

rechneten Gesetze in den Pandekten und dem Codex über das Detail der Lehre, auf die neue Collation der Descendenten anzuwenden, indem diese nun alle unter einem andern Gesichtspunkt zu betrachten sind; und dabei macht sich der Mangel eines durchgreifenden Princips fühlbar. Daher wimmelt diese Lehre von Controversen. Geschichtlich gestaltet sich nämlich die Sache so: Der Ursprung der Collation hing damit zusammen, daß der Prätor, nachdem er für die emancipati eine bonorum possessio theils ab intestato (unde liberi) theils contra tabulas, neben den suis eingeführt hatte, und sich nun leicht dadurch Unbilligkeiten zeigen konnten, daß der in dem väterlichen Vermögen steckende Erwerb der Letzteren zur Theilung zwischen ihnen und den emancipatis kam, während diese seit ihrer Emancipation für sich erwerben konnten, die Bestimmung traf, ut sua quoque bona — also soweit diese im Augenblick des Todes des Vaters noch vorhanden waren — in medium conferant, qui appetant paterna, L. 1 pr. de collat. Dieses ist die sog. collatio emancipati.

Hierzu kam die dem vorigen ganz analoge collatio dotis, mit der es folgende Bewandtniß hatte: Wenn für eine filia familias ein dos bestellt, und deren Rückgabe nach Auflösung der Ehe nicht vorbehalten ward, so konnte jene finita potestate die dos mit der actio de dote fordern. Auch wegen der daher möglichen Ungleichheit im Erwerbe machte ihr der Prätor zur Bedingung, diese dos, falls sie ihr anfallen sollte, zu conferiren, wenn sie an der bonorum possessio Antheil nehmen wollte. Ein Rescript Kaiser Antonin's knüpfte auch das bloße civile Erbrecht der filia fam. an die dotis collatio, L. 1 pr. de dotis coll. Beide Arten der collatio setzten voraus: die Beerbung eines pater fam. durch verschiedene Arten von Descendenten, und zwar ab intest. —

Mit der Umänderung in den Rechtsverhältnissen der Peculien fing der Grund der collatio emancipati an zu verschwinden; ihre Fortdauer war eigentlich nur noch in Folge des Instituts des pecul. profectitii der sui gerechtfertigt. Dem parallel kam das Princip auf, daß die emancipati nur das conferiren sollten, was sie dem Vater erworben haben würden, resp. diesem geblieben sein würde, wenn sie sui geblieben wären. Die dotis collatio erlitt dadurch die Veränderung, daß die von Dritten bestellte dos nun sowenig, wie Adventitien conferirt zu werden brauchte; die collatio der vom Vater bestellten dos erfuhr mancherlei Ausdehnungen und Aenderungen; auch wurde ihr die donatio propter nupt. parallelisirt. Sie sollte geschehen, mochten dos und propter nupt. donat. von dem Vater oder Mutter ausgegangen, für eine sua oder emancipata die dos bestellt sein — worin das wesentliche Abbiegen vom alten Princip zu dem der factischen Gleichheit liegt. Somit wurde die erste Collationsart eingeschränkt, die zweite generalisirt. —

Hierauf kam Justinian's L. 20 C. de collat., welche die Erweiterung enthält, daß alle diejenigen Descendenten, welche die querela inoff. test. erheben könnten, bei der Theilung des Nachlasses ihrer ab intestato beerbten Eltern, — also nicht mehr des pater fam. allein — sich gegenseits als daraus schon empfangen, Alles das anrechnen und zu conferiren verpflichtet sein sollten, was sie sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen müssen, also dos, donat. propter nupt., den Werth einer käuflichen militia, und bedingungsweise auch Schenkungen, Bereicherung vorausgesetzt. — Hierin tritt vorherrschend die Tendenz hervor, die Erbschaft durch früher zu dem Vermögen des Erblassers gehörige Stücke, welche er unter den gedachten Umständen einzelnen Kindern zugewendet hat, zu vermehren.

Dann kam Nov. 18. c. 6, worin Justinian die Collationspflicht auch auf die Fälle testamentarischer Erbfolge ausdehnte; er fügt hinzu, daß Alles, was er früher über die Collation angeordnet habe, fortgelten solle.

Hierdurch treten wesentliche Aenderungen ein. Während die collatio emancipati eine Consequenz der Fiction der Suität war, und auf innerer rechtlicher Nothwendigkeit beruhte, auch zugleich die Objecte genau bestimmt waren, fällt dieses Argument bei der neueren Collation, der allgemeinen der Descendenten, weg, sie ist nur ein Product legislatorischen Gutdünkens; dort ging das Streben auf rechtliche Gleichstellung, hier auf factische Billigkeit.

Endlich hatte die Justinianische Reform in Nov. 118 in Betreff des Intestaterbrechts einigen Einfluß.

Vergl.
Fein, Recht der Collation, Einleitung S. 1.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 1.
v. Vangerow, Pand. §. 515 f.

Lammers, Erört. der Frage, ob die Renunciation der Erbschaft von der Collation befreie? (1795.)

Andere, mit der Praxis, verneinen die Frage.

Kösler, renunciat. heredit. ab onere collat. liberare contra Lammers.

Pfizer, über die Collation §. 93.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 764.

III.

Streitig ist, ob auch Ascendenten und Geschwister sich gegenseitig conferiren müssen.

Einige meinen, daß Justinian auch die Ascendenten und Brüder, so weit sie die Eigenschaft der Notherben haben, zur Collation verpflichtet habe, weil der Kaiser in L. 20 pr. C. de collat. allgemein verordnet habe, alle Personen sollten conferiren, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur. Da nun Ascendenten und unter Umständen auch Brüder als Notherben zur Querel berechtigt seien, so liege ihnen jetzt auch die Collationspflicht ob.

Unterholzner, histor. jur. Rom. de collat. p. 67.

Andere meinen, in den Pandektentiteln de collat. und de dotis collat. sei überall nur von der Collation der Descendenten die Rede. Ebenso in dem tit. Cod. de collation., wo in allen Gesetzen nur Eltern und Kinder genannt würden. Wollte also Justinian das Institut auf Ascendenten und Geschwister ausdehnen, so hätte die darauf gehende Constitution jene Personen durchaus erwähnen müssen. Allein die L. 20 pr. cit. thue dies nicht, ja sie nenne sogar gleich in §. 1 nur die Kinder. Es stehe mithin fest, daß nur Descendenten gegenseits collationspflichtig seien.

Thibaut im civ. Archiv Bd. 5. S. 330.

Heidelberger Jahrb. 1810. S. 93.

Francke, civ. Abhandl. S. 330.

Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 3.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 764.

und fast alle übrigen Rechtslehrer.

IV.

Streitig ist, ob auch liberi naturales einander conferiren müssen.

Einige stellen die Regel auf, mehrere Descendenten müßten bei ihrem Zusammentreffen zu der Erbschaft eines Ascendenten stets conferiren; welche Art von Descendenten es sei, sei gleichgiltig, falls sie ein gleiches Erbrecht haben, also auch liberi naturales müßten unter einander conferiren, denn ungeachtet ihres ganz singulären Erbrechts passe doch der Zweck der Collation, Gleichstellung der Erben, auch auf sie.

Schweppe, röm. P.-R. §. 863. S. 220. Not. 1.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.

Andere meinen, daß die Collationspflicht, als ein jus singulare, nicht über die gesetzlich bestimmten Subjecte hinaus, auch nicht auf die der legitima soboles oder den eigentlichen Descendenten gerade entgegengesetzten und durch sie ausgeschlossenen Subjecte eines sehr beschränkten Erbrechts ausgedehnt werden dürfe. Die ganze Idee, auf welche die Collation basirt sei, trete bei liberis naturalibus nicht ein.

Pfizer, Collation der Descendenten §. 76.

Stryk, de succ. ab intest. diss. 11. cap. 2. §. 11.

Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht S. 434.

Fein, Recht der Collation S. 266.

v. Vangerow, Pand. §. 516.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 769.

V.

Streitig ist, ob den Gläubigern eines in Concurs gerathenen Descendenten conferirt werden müsse.

Einige leugnen dies, weil den extraneis nicht conferirt zu werden brauche.

Voet, Comm. ad P. 37. 6. §. 26.

Andere bejahen die Frage, weil die Collationsobligation als ein gewöhnliches Vermögensverhältniß auch in die Concursmasse des reus an derselben übergehe.

Fein, Recht der Collation S. 340.

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 18.

Pufendorf, obs. T. III. obs. 186.

Thibaut, System §. 883.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 769.

Reinhard, Einwerfung §. 120.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 12.

Valett, Lehrb. §. 1078. Not. 80.

VI.

Streitig ist, ob auch denjenigen die Verpflichtung zur Collation treffe, welcher jure accrescendi an die Stelle eines wegfallenden Descendenten tritt.

Einige bejahen dies, gestützt auf L. un. §. 4 C. de caduc. toll. 6, 51.

Pfizer, über die Collation der Descend. §. 100.

Voet, Comm. ad P. de collat. Nro. 25.

Andere meinen, die L. un. cit. spreche nur von dem Uebergang solcher Lasten, welche der Testator auf eine Erbportion gelegt habe, und die dann gleichsam wie ein accessorium mit dieser Portion auf andere Erben übergehen sollten, und daher keinen Schluß auf die aus rein subjectiven Voraussetzungen hervorgehende und mit der Erbportion gar nicht zusammenhängende Collationspflicht zulassen.

v. Vangerow, Pand. §. 515.

Fein, Recht der Collation §. 63.

Schweppe, röm. P.-R. §. 863 a. E. Not. 5.

Heidelberger Jahrb. 1808. S. 116.

Thibaut, System §. 883.

Braun, Dictate zu §. 732.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 10. 12 u. 13.

Valett, Lehrb. §. 1078. Not. 79.

Göschen, Vorles. §. 968.

Roßhirt, Intestaterbrecht S. 437.

VII.

Streitig ist, ob der Beneficialerbe in so weit, als sein conferendum mehr als seine Erbportion betrüge, sich durch das beneficium inventarii von der Collation befreien könne.

Einige bejahen dies; denn der Grund der L. ult. C. de jure delibr. beziehe sich auf Collation so gut wie auf Schulden, und wenn es daselbst heiße: derjenige, welcher von dem benef. inventarii Gebrauch mache, solle sine omni damno discedere, sine omni damno conservari, so würde dieses nicht passen, wenn der Inventarisirende durch die Collation zu positivem Nachtheil kommen könnte, zu einem Nachtheile, welcher durch Ausschlagung der Erbschaft vermieden sein würde.

v. Vangerow, Pand. §. 516. II. 4.

Heidelberger Jahrb. 1808. S. 114.
Schweppe, röm. P.-R. §. 865, vergl. mit §. 848.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 507. Not. b.
Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 33.

Andere verneinen die Frage; denn Justinian habe in L. 22 C. de jur. delib. für den inventarisirenden Erben in Betreff der Collation nichts geändert, sondern nur vorgeschrieben, die Schulden brauche er ultra vires massae nicht zu bezahlen. Auch dürften jura correctoria überhaupt nicht ausgedehnt werden, und eine paritas rationis sei nicht vorhanden. Denn es sei immer höchst hart, wenn man fremde Schulden bezahlen müsse; aber wenn ein Bruder unter Lebenden mehr empfing, als er eigentlich hätte haben sollen, so sei es billig, durch Einlieferung des plus die gehörige Gleichheit wieder herzustellen. Endlich sei und bleibe der Beneficialerbe Erbe, und nur wenn er nicht Erbe werde, so brauche er nicht zu conferiren, L. 9 D. 37, 7.

Voet, Comm. ad P. 37. 6. Nro. 26.
Pfizer, von der Collation §. 83.
Lauterbach, diss. de dolis collat. §. 24. Nro. 6.
Mevii dec. P. I. Nro. 39.
Braun, Dictate zu §. 732.
Puchta, Vorles. zu §. 514. Bd. 2. S. 413.

Andere nehmen an, im Falle der Insolvenz der Erbschaft falle die Collationspflicht gänzlich hinweg, im Falle der Solvenz aber gehe sie nur in soweit vor sich, als der auf den Collationspflichtigen fallende Antheil des reinen Nachlasses reiche.

Fein, die Collation §. 58.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 770.
Heidelberger Jahrb. 1808. S. 114.

VIII.

In Ansehung der Coiiationspflicht der Enkel bei Beerbung ihres Großvaters ist streitig, ob sie dasjenige, was sie von ihrem Großvater unmittelbar empfangen haben, conferiren müssen.

Einige meinen, sie conferirten nicht dasjenige, was sie vor ihres Vaters Tode vom Großvater erhalten, wohl aber was sie nach ihres Vaters Tode von demselben bekommen hätten, vorausgesetzt, daß solches zu den Objecten gehöre, welche der emancipatus dem suo conferiren müßte. Denn nach Nov. 118. c. 1 und L. 19 C. de collat. treten sie nach ihres Vaters Tode an dessen Stelle, seien aber vorher im Verhältnisse zum Großvater in Beziehung auf Erbverhältnisse bloße extranei, und als extranei brauchten sie dasjenige nicht zu conferiren, was sie vom Erblasser empfingen,

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 20.
Braun, Dictate zu §. 732.
Pfizer, Collation §. 86 u. 87.
Roßhirt, Einleitung S. 435.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1654.
Günther, princ. §. 843.
Hufeland, Lehrb. §. 1239.
Weber, Erläuter. der Pand. §. 1609.
Seuffert, Lehrb. §. 587.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. S. 221.
Göschen, Vorlef. Bd. 3. Abth. 2. S. 476.

und nur, wenn der Großvater der Enkelin eine dos necessaria bestellt habe, solle diese nichtsdestoweniger conferirt werden.

Roßhirt, l. c. sub Nr. 2.

Andere meinen, unter Verweisung auf die Lex Junia Velleja und die spätere Doctrin, daß ein mittelbarer Descendent auch bei Lebzeiten seines Vaters, nicht aber als extraneus im Verhältnisse zu seinem Großvater angesehen, vielmehr die nullo facto novo, sed ordine quodam naturali begründete Möglichkeit des Nachrückens schon im Voraus berücksichtigt sei. Auch mache die L. 17 C. 6, 30 bei der Collationspflicht der Enkel durchaus keinen Unterschied, und endlich sei diese Ansicht auch billiger; denn wenn das Empfangene an sich nach den Gesetzen zur Collation qualificirt sei, so müßten die Enkel, da sie einmal doch in ein unmittelbares Successionsverhältniß zum Großvater treten, auch conferiren.

v. Vangerow, Pand. §. 516. S. 404.
Walch, introd. in contr. jur. civ. p. 401.
Voet, Comm. ad P. 37. 6. Nro. 3.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Fein, Recht der Collation §. 62.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 771.

Andere meinen hiergegen, daß sich der Unterschied in L. 17 cit. von selbst verstehe, indem von Anfang des Gesetzes herein ein bereits bestehendes Intestaterbrechtsverhältniß als vorausgesetzt zu denken sei, ohne welches die Enkel den extraneis gleich sein würden. Nur unter dieser Voraussetzung könne von aequa lance parique modo prospicere die Rede sein; andernfalls käme es auf den Zufall an, daß eben die zwischenstehenden Kinder früher hinwegstürben; denn wenn diese noch lebten, behaupte Niemand die Collationspflicht. Sollte also eine Collation zur Ausgleichung der etwaigen künftigen Stämme, als in der Absicht des Ascendenten liegend, hier vom Gesetzgeber bezweckt sein, so müßten auch die Kinder das conferiren, was ihren Kindern bereits von den Großeltern zugewendet worden sei.

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 20.

Präjudiz 1.

Das kreisgerichtliche Erkenntniß hat den Kläger schuldig erkannt, ein Viertheil der dos und Aussteuer seiner Mutter, deren Erbe er mit drei Geschwistern geworden, sich anrechnen zu lassen. Solche Aussteuer hat außer den Naturalien für jede der Mütter der streitenden Theile 900 Thlr. betragen. Nach Ausweis des von den Verklagten in zweiter Instanz mit der Submissionsschrift übergebenen Vertrages vom 25. Juli 1829 ist bei der Schenkung des Kothhofs von Seiten des rc. Funke an den Carl Ludwig Strube von einer Belastung des Hofes mit einem Brautschatze der Mutter des Klägers und deren Schwester nicht die Rede gewesen, und da der Großvater der Streitenden ein bedeutendes Capitalvermögen besessen, so ist anzunehmen, daß die Aussteuern qu. aus diesem Vermögen und aus den Aufkünften des Hofs erfolgt seien, und die Annahme der sententia a qua, daß diese Aussteuern gleich der Uebertragung des Hofes an den Anerben als anticipirte Berichtigung der Abfindungen vom Hofe zu betrachten, ist nicht ohne Bedenken. Wie sie aber mit der kreisgerichtlichen Ansicht im Resultate übereinstimmt, so liegt doch auch der Collationspflicht nach neueren römischen Grundsätzen die Idee zum Grunde, daß die Hingabe von Conferenden gewissermaßen eine Anticipation des Erbrechts involvire, und es kann nicht bezweifelt werden, daß die Mutter des Klägers die erhaltene dos und Aussteuer auf ihren Pflichttheil würde haben anrechnen lassen müssen.

Es fragt sich nur, ob und in wie weit der Kläger selbst in dieser Beziehung collationspflichtig erachtet werden kann.

Die Annahme einer unbedingten Verbindlichkeit des Enkels zur Collation der dos seiner Mutter stützt sich nur auf die unbegründete Behauptung eines Repräsentationsrechts bei

der Erbfolge der Enkel, und eine unrichtige Interpretation der Worte der Nov. 118. c. 1:

tantam de hereditata morientis accipiunt partem, quantam eorum parens, si viveret, habuisset.

Noch der richtigen, auf dem Grundsatze:

daß die Collationspflicht sich nur auf solche Sachen erstreckt, welche den Collationspflichtigen noch wirklich bereichert,

L. 20 C. de collat. 6, 20.

L. 1. §. 6 D. de dotis coll. 37, 7.

ruhenden Theorie ist aber der Enkel nur dann zur Collation der dos seiner Mutter verpflichtet, wenn er deren Erbe geworden ist, und dadurch das conferendum wirklich erhalten hat. Sofern nun der Kläger nicht in Abrede genommen, daß er (neben vier Geschwistern) seine Mutter beerbt habe, würde er sich den vierten Theil der fraglichen Aussteuer anrechnen lassen müssen; er hat aber schon in erster Instanz in seiner Replik behauptet und nachher wiederholt, daß ihm von der Aussteuer seiner Mutter überall nichts zu Gute gekommen sei, indem dieselbe solche vor ihrem Ableben bereits zugesetzt gehabt.

Wäre dos wirklich geschehen, so könnte der Kläger zur Collation des nicht Empfangenen nicht angehalten werden.

Es mußte deshalb Beweis nachgelassen werden.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 26. Mai 1848, in S. Pape c. Strube.

IX.

In Ansehung der Collationspflicht der Enkel bei Beerbung ihres Großvaters ist ferner streitig, ob sie zu conferiren schuldig seien, was ihr parens praedefunctus hätte conferiren müssen, wenn sie dessen Erben nicht geworden sind.

Einige meinen, daß der Enkel auch dann, wenn er seinen Vater nicht beerbt hat, conferiren müsse, was dieser, wenn er noch lebte, zu conferiren gehabt hätte; und beruft man sich hierfür theils auf das sog. Repräsentationsrecht, theils auf L. 19 C. de coll. 6, 20, wo den Kindern die Einwerfung der ihren Eltern zugekommenen Collationsgegenstände auferlegt wird, theils endlich auf Nov. 118. c. 1, wo gesagt sei, daß den Enkeln das gebühre, was ihr Vater, wenn er noch lebte, bekommen haben würde.

Braun, Dictate zu §. 732.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1654.
Schweppe, röm. P.-R. §. 863.
Seuffert, Lehrb. §. 587.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Thibaut, System §. 883.
Pfitzer, von der Collation §. 93.
Wernher, obs. for. T. t. P. VI. obs. 499.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 843.

Andere meinen, daß die Enkel für dasjenige, was gar nicht auf sie gekommen ist, nicht collationspflichtig seien, L. 2. §. 2 D 37, 6, und wenn die Nov. 118. c. 1 von den Enkeln sage: tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas, so sei durch diese Anordnung in stirpes doch gewiß nichts über die vorliegende Frage entschieden, und in Ansehung der L. 19 cit. werde aus der darin bezogenen Constitution L. 5 C. Theod. de legit. her. 5, 1 nachgewiesen, daß ihr eben die Voraussetzung unterliege, daß die Enkel ihren Vater beerbt haben.

Ohne diese Voraussetzung würde die L. 19 cit. ganz gegen den Geist des römischen Erbrechts eine Nöthigung sein, auf das großelterliche Erbe ganz zu verzichten, weil sie aus ihrem Vermögen, in welches nichts geflossen sei, das großelterliche Vermögen zu ergänzen, selten im Stande wären.

Francke, civil. Abh. S. 174.
Fein, die Collation §. 61.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 218.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 476.
Gebr. Overbeck, Meditationen Bd. 1. S. 157.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 14.
Puchta, Lehrb. §. 504. Not. 1.
Valett, Lehrb. §. 1079.
v. Vangerow, Pand. §. 516.
Holzschuher, Th. 2. §. 516. Th. 3. S. 222.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 19.
Pfordten, Recens. in den Leipz. krit. Jahrbüchern 1844. S. 888.

Diese Ansicht wird durch ein Präjudiz des königl. hannoverischen OAG.*) vom 22. März 1847 bestätigt, s. Gesetzsamml. Abth. 1. S. 79. Emminghaus, Corp. jur. Germ. Th. 3. S. 91.

Andere verlangen nicht nur, daß die Descendenten die Ascendenten beerbt, sondern erfordern auch, daß die Enkel damit auch die Conferenden erlangt haben, und dadurch noch bereichert sein müssen. Dieses folge daraus, daß die Enkel nicht aus der Person ihrer Erblasser zur Collation verpflichtet seien, für welche diese ja (vor dem Tode ihres Ascendenten) noch gar nicht begründet war. Eben so reiche der Besitz der Conferenden an sich, ohne daß die Descendenten Erben geworden, gleichfalls nicht aus, um die Collation zu begründen:

Fein, Collation S. 359 f.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 19.

Vergl. dagegen

Pfordten, Recens. in den Leipz. krit. Jahrbüchern 1844. S. 888.

und beschränken dann diese Collation der Enkel nur auf den Fall des Zusammentreffens mit Descendenten ersten Grades und schließen sie für Sohnes-Erben bei Beerbung des väterlichen Großvaters aus.

Fein, Collation S. 342 f.

Andere widersprechen dieser Ansicht, schon deshalb, weil dadurch ein Unterschied zwischen stärker und schwächer erbberechtigten Descendenten begründet werde, was nach Nov. 118 unmöglich sei.

Pfordten, Recens. cit. S. 889.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 19.

Präjudiz 1.

In einem Rechtsstreit handelte es sich um die Collationspflicht eines Enkels, welcher in Bezug auf den **großväterlichen** Nachlaß mit einem Bruder seines, **von ihm nicht beerbten**, parens praedefunctus concurrirte. Der Oheim verlangte von seinem Neffen, unter Berufung auf die Ansicht verschiedener Rechtslehrer, die Collation **alles dessen**, was sein verstorbener Vater von Großvaterswegen — wenn auch nicht ex causa liberalitatis — erhalten.

*) In den Entscheidungen des OAG. Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzsammlung, welche von den Gerichten in judicando zu befolgen sind, ist ausgesprochen:

Der Descendent, welcher seinen entfernten Ascendenten (i. e. Großvater u. s. w.) beerbt, tritt in die gesetzliche Collationsverbindlichkeit seines vor dem Erblasser verstorbenen näheren Ascendenten nicht ein, wenn er nicht des Letzteren Erbe geworden ist.

Präjudiz, bekannt gemacht den 22. März 1847.

Oberstrichterlich wurden die folgenden, dem vorinstanzlichen Erkenntnisse (in Bezug auf den größten Theil der in Streit gezogenen Posten) zu Grunde gelegten Peincipien gebilligt:

Von dem Kläger (dem Oheim) ist mit nichts begründet, daß die dem Vater des Beklagten zugeflossenen subsidia pateros — wenn sie auch insgesammt als solche und nicht vielmehr zum Theil, wie gewiß, als eigentliche, den conferendis überall nicht beizuzählende Schuldforderungen anzusehen wären — überhaupt als der Collation unterworfene Gegenstände zu betrachten seien.

Sodann würde aber auch dem in des Großvaters Nachlaß succedirten Beklagten eine Verbindlichkeit zur Conferirung dessen, was sein Vater von dem Großvater (sc. an collationspflichtigen Gegenständen) empfangen hat, nur dann abliegen, wenn er seinen Vater wirklich beerbt hätte.

Erk. des OAG. zu Celle vom 16. Jan. 1845, in S. Crauel c. Crauel.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 187.

Präjudiz 2.

In dem Bescheid des OLG. zu Wolfenbüttel vom 29. August 1844, in Sachen Wiedebusch c. Wiedebusch, heißt es:

.... wird mitgetheilt, und da — den Acten nach nicht bestritten ist, daß der Vater der Klägerin vor seiner Mutter im Zustande der Insolvenz verstorben und von der Klägerin nicht beerbt ist, hieenach Klägerin kraft ihres eigenen, aus der Abstammung von ihrer Großmutter originirenden Rechts durch das Gesetz zur Erbfolge in den Nachlaß ihrer Großmutter, eventuell wenigstens zu einem sog. Pflichttheile berufen ist; Klägerin ferner vermögensrechtliche Verpflichtungen ihres vorverstorbenen Vaters überhaupt nur, in Ermangelung anderer specieller, hier nicht in Frage kommender Haftungsgründe, wenn sie dessen Erbin geworden wäre, zu erfüllen verbunden gewesen sein würde; eben deshalb ein rechtlicher Grund, warum sie dessen etwaige Collationspflicht, im Fall er Erbe seiner Mutter wirklich geworden wäre, zu übernehmen gehalten sei, überall nicht vorliegt; die

Nav. 118. c. 1

auch nur feststellt, daß der entferntere Descendent den Erbschaftstheil, der dem näheren Descendenten gebührt haben würde, erhalten solle, nicht aber von einer eigentlichen Repräsentation des näheren Descendenten durch den entfernteren spricht; auch die

L. 19 C. de collat. 6, 20

nur auf die Collationspflicht der den vorverstorbenen unmittelbaren Descendenten beerbt habenden Enkel bezogen werden kann,

J. H. Böhmer, introd. in jus D. P. 2. (37. 6) §. 4.
Madihn, de jure heredit. §. 186.
Thibaut, Pandekten-System 6. Aufl. §. 732 a. E.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 712.

so wird abgeschlagen.

Auf erhobene Supplication erkannte das OLG. am 31. Oct. 1844:

.... wird mitgetheilt, und da die

Nov. 118. c. 1

nur für die Succession der Descendenten allgemein die successio in stirpes festsetzt, ohne über dasjenige, was auf die demgemäß zu bestimmende Erbquote aus anderen Gründen in Anrechnung zu bringen sei, dem Zwecke des Gesetzes nach Vorschriften zu ertheilen, es übrigens, um in der Klasse der Descendenten zur Succession zu gelangen, nur auf die Verwandtschaft, nicht aber darauf ankommt, daß eine etwa zwischen dem Erblasser und dem die Succession ansprechenden Descendenten vorhanden gewesene Mittelsperson von dem letzteren beerbt sei, daß ferner Verbindlichkeiten eines nicht beerbten Vorgängers auf einen Descendenten übergehen sollten, als Ausnahme von der Regel, daß der Uebergang von Verbindlichkeiten durch Erbwerbung vermittelt werde, mit völliger Bestimmtheit aus den Gesetzen hervorgehen müßte, um auch hinsichtlich der hier fraglichen Collationspflicht angenommen zu werden, und die dafür in Beziehung auf letzte angeführten gesetzlichen Bestimmungen sich füglich von dem Falle, da der Succedirende die Collationspflichtigen beerbt hat, verstehen lassen, so wird rc.

Siehe auch Präj. 1 zu Contr. 8.

X.

Streitig ist, wie weit eine Enkelin, welche zusammen mit einem Bruder und zugleich mit einem Oheim ihren Großvater beerbt, die dos zu conferiren schuldig sei.

Einige meinen, wenn nach Stämmen geerbt werde, also Descendenten verschiedener Grade zusammenträfen, und einer der mehreren in demselben Stamme Stehenden etwas zu conferiren habe, so müsse im Zweifel, mithin bei der Intestaterbfolge immer, die Obligation zu conferiren nur zwischen ihm und den übrigen Stammgenossen bestehen, nicht gegen die anderen Stämme. Die Enkelin müsse also nur ihrem Bruder, nicht aber den Oheimen und Tanten conferiren. Denn die Collation der Emancipirten fände nur in diesem beschränkten Kreise statt. L. 1. §. 3. 4 u. 5 D. de collat. L. 20. §. 1 de bon. poss. L. 1. §. 13 u. 18 de conjung. cum emanc. Veränderungen in der Collationslehre seien nur allmälig und immer so geschehen, daß die Neuerungen möglichst an die alte Collation angeschlossen würden, und wenn auch das Princip in der Folge verändert sei, so liege darin doch noch kein Grund, daraus die Aufhebung eines im früheren Rechte fest bestandenen Satzes abzuleiten. Die L. 19 C. de coll. 6, 20 ändere hieran nichts, weil daselbst nur von derjenigen dos oder donat. propter nupt. die Rede sei, welche den Enkeln als Erben ihres praedefunctus parens obliege, und wobei natürlich der Enkelstamm als collationspflichtig erscheine; dieser Fall sei aber wesentlich von dem anderen unterschieden, wo einer Enkelin unmittelbar von dem zu beerbenden Großvater eine dos constituirt sei.

v. Vangerow, Pand. §. 516. S. 405.
Pufendorf, obs. T. III. obs. 118. §. 6.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 125. Not. 5 u. 6.
Sintenis, Civilr. §. 189. S. 545. Not. 17.

Andere meinen, jener Satz sei durch die L. 19 C. cit. aufgehoben, so daß also die dotirte Enkelin nicht nur ihrem Bruder, sondern auch ihren Oheimen und Tanten zu conferiren habe. Diese Ansicht entspreche dem Wesen der Collation. L. 17 cit. sage, daß aequitatis studio in dividendis rebus die dos ex substantia parentis profecta conferirt werden solle; es werde eine aequalitas (ἰσότης, Nov. 18. c. 6) unter den Descendenten beabsichtigt, welche darin bestehe, daß jene Gaben noch zur Theilung kommen, als wären sie nicht aus dem Vermögen des Erblassers herausgekommen. Dieser Zweck würde aber ganz verfehlt, wenn die Ansicht der Gegner richtig sei. Es würden dann die Kinder des ersten Grades sich immer schlechter stehen, als im gleichen Falle entferntere Descendenten eines gleichen Stammes. Recht auffallend zeige sich das in dem Falle der L. 20. §. 1 C. end. — Söhne und Töchter müßten ihre donat. propter nupt. oder die dos conferiren, andere Söhne und Töchter dagegen die donationes simplices; Enkel eines verstorbenen Bruders würden von

jener Collation den Vortheil haben, aber möchten auch alle oder einzelne von ihnen die reichsten donationes simplices erhalten haben, sie könnten dieselben ganz für sich behalten, weil sie nur unter einander collationspflichtig wären. Es liege also ein Fall der älteren Collation vor, der mit dem Wesen der neueren sich nicht vertrage, und von dem man daher für diese keinen Gebrauch machen könne.

Voet ad D. tit. de coll. §. 3.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 835.
Pfitzer, die Collation §. 35 u. 92 u. die in Not. b Aufgef.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 11.
Walter, Lehrb. §. 1078 a. E.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 473 f.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 218. Not. 1.
Fein, die Collation S. 278 f. u. die dort Aufgef.

Andere bezeichnen auch den Satz des älteren römischen Rechts als geltend, daß die Collation dann wegfalle, wenn der Collationspflichtige durch seinen Zutritt den übrigen nütze, mithin, daß dem nicht conferirt zu werden brauche, welcher durch die Dazwischenkunft des Collationspflichtigen mehr erhalte, als ihm sonst zu Theil geworden sein würde.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Anm. 11.
v. Vangerow, Pand. S. 405. §. 516.

Andere meinen, diesem Satze sei keine praktische Bedeutung beizulegen, da die hier denkbaren Fälle, Nichtigkeit des Testaments wegen Präterition und grundloser Exheredation, so daß es zur Intestatsuccession komme, unter einen anderen Gesichtspunkt treten; sobald einmal für jetzt Intestaterbfolge eintrete, sei die Collation gewöhnlichermaßen begründet, und könne der Inhalt des nichtigen Testaments (worin etwa der Collationsberechtigte auf weniger als die ihm nun zufallende Intestatportion eingesetzt war) eine rechtliche Wirkung irgend einer Art nicht mehr haben.

Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 17.

Präjudiz 1.

Der weil. Kaufmann Joh. Heinsohn zu Neuland hatte in seinem Testamente seine ihn überlebenden Kinder, sowie die Tochter eines vorverstorbenen Sohnes zu Erben eingesetzt, und zwar jene zu gleichen Theilen, während seine Enkelin auf den Pflichttheil beschränkt war. Zugleich hatte der Erblasser bestimmt:

1) daß sich seine Enkelin eine Summe von 10,748 Mark Gold, welche von ihm ihrem weil. Vater theils baar bezahlt, theils zur Berichtigung von Schulden desselben verwandt sei, minder nicht eine ihrem weil. Vater (vom Erblasser) verabfolgte Aussteuer von 1000 Thlr. Cour. auf den Pflichttheil anrechnen lasse;

2) daß dagegen seine von ihm eingesetzten Kinder die ihnen bei ihrer Verheirathung mitgegebene Aussteuer nicht conferiren sollten.

Nach dem Tode des weil. Kaufmann Joh. Heinsohn entstand über dessen Erbschaft zwischen seinen Kindern und der Vormünderin seiner Enkelin ein Rechtsstreit, in welchem von der letzteren die Ungiltigkeit und Unwirksamkeit der sub 1 und 2 gedachten Bestimmungen behauptet wurde. Die Entscheidung des höchsten Landesgerichts fiel in beiden Beziehungen zu Gunsten der Enkelin aus, deren Vormünderin und Mutter als Klägerin aufgetreten war. Das abgegebene oberstrichterliche Erkenntniß stützt sich — im Wesentlichen in völliger Uebereinstimmung mit der vorinstanzlichen Entscheidung — auf folgende Begründung:

Die Principien der Collation behufs Erbtheilung sind, wie dieses auch die

C. 20 de collat. 6, 20

ausdrücklich vorschreibt, auf die Verbindlichkeit des Pflichttheilsberechtigten, sich früher erhaltene Leistungen auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen, nicht anzuwenden. Der Pflichttheilsberechtigte braucht nämlich nur die empfangene dos, donatio propter nuptias, die Zahlung behufs Erwerbung einer militia, und, unter gewisser Voraussetzung, auch eine Schenkung zu conferiren.

Immer aber können dem Pflichttheilsberechtigten nur diejenigen Zuwendungen eingerechnet werden, welche ihm selbst aus dem Vermögen des Erblassers zu Theil geworden sind.

Diesemnach ist die klägerische Tochter (die Enkelin des Erblassers) nicht verpflichtet, die accepta ihres Vaters, selbst wenn dieser dieselben hätte conferiren müssen, sich hier anrechnen zu lassen. (Nach der oberstrichterlichen Entscheidung wäre eine Collationspflicht des klägerischen Ehemannes hinsichtlich der gedachten Summe höchstens dann anzunehmen, wenn gleich bei Zahlung derselben vom Erblasser die Einrechnung etwa geschenkter Summen dem Sohne zur Pflicht gemacht wäre.)

In Ermangelung einer Verpflichtung der klägerischen Tochter zur Collation der gedachten väterlichen accepta konnte der Testator auch nicht deren Einrechnung in den Pflichttheil seiner Enkelin vorschreiben und dadurch diesen beschränken, vielmehr muß die desfallsige testamentarische Disposition nach allgemeiner Vorschrift der

C. 32 de inoff. testam.

als nicht hinzugefügt angesehen werden.

Ferner ist der Grundsatz, daß nur dem conferirt werde, welcher selbst conferirt, hier keineswegs zum Vortheil der Beklagten anzuwenden, weil die Pflicht der Beklagten, behufs Bildung der Erbmasse zu conferiren, von der Verbindlichkeit der klägerischen Tochter, sich auf ihren Pflichttheil das Zugewandte anrechnen zu lassen, wesentlich verschieden, und die letztere — ungeachtet der entgegenstehenden, als nicht hinzugefügt zu erachtenden testamentarischen Vorschrift — zu verlangen berechtigt ist, daß zu der Erbmasse behufs Ermittelung ihres Pflichttheils alles das gerechnet werde, was nach den Grundsätzen der Erbtheilung dazu gehört.

Erk. des OAG. zu Celle vom 16. Jan. 1849, in S. der verw. Doctorin Heinsohn, geb. v. Dewn, test. nom. ihrer Tochter, wider die Erben und Kinder des weil. Joh. Heinsohn, in puncto hereditatis.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 69.

XI.

Streitig ist, ob der überlebende Ehegatte bei statutarischem Erbrechte, oder die arme Wittwe durch Collationen Vortheil haben könne.

Einige bejahen dies wegen Nov. 117. c. 5 verb. tantum accipere, und zählen sie zu den Collationsberechtigten,

vergl. die bei Fein, Collation S. 381. Not. 15 Gen.

insbesondere sei aber eine arme Wittwe dann ausgeschlossen, wenn sie mit drei oder weniger Kindern concurrire, weil sie dann nur den vierten Theil vom Vermögen des Mannes erhalte; dagegen müsse sie an dem Conferenden Theil nehmen, wenn vier oder mehr Kinder mit ihr erben, weil sie dann ebensoviel wie Eins der Kinder erhalten solle, Nov. 117. c. 5.

Stryk, succ. ab intest. diss. 11. c. 2. §. 20.
Schweppe, röm. P.-R. §. 863. S. 220. Not. 5.

Andere meinen, die Concurrenz des überlebenden Ehegatten und der armen Wittwe ändere nichts, d. h. diese bekommen durch die Collation nicht mehr, sondern das conferendum vertheile sich ausschließlich unter die Descendenten, L. ult. C. 3, 38. L. 3. §. 6 D. 37, 6.

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 5.
Fein, Collation S. 283.
Holzschuher, Th. 3. S. 222.

Präjudiz 1.

Daraus, daß der überlebende Ehegatte nach dem Particularrechte wirklicher Miterbe der Descendenten wird, folgt keineswegs, daß er auch in dieser Concurrenz rücksichtlich seiner Rechte und Verbindlichkeiten einem Descendenten gleich zu achten, und somit die Collation von seinen Miterben zu fordern berechtigt ist, ebensowenig als in dem Falle, wo der Erblasser seine Descendenten und einen extraneus zu Erben einsetzte, der letztere von den Descendenten, die nach der

Nov. 18. c. 6

auch bei der testamentarischen Erbfolge untereinander zur Collation verbunden sind, diese verlangen kann, obgleich ihm, als coheres, pro parte hereditaria, alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben ohne Zweifel zustehen.

Const. ult. commun. utr. jud. 3, 38.

Arg. fr. 1. §. 3 i. f. de collat. bon. 37, 6.

Bei der Concurrenz der Descendenten mit dem conjux superstes oder einem andern extraneus werden die conferirten Gegenstände nicht eigentlich Theil des Nachlasses, — indem Nachlaß nur dasjenige ist, was der Erblasser bei seinem Tode an Activvermögen und Schulden hinterläßt, wozu die Vorempfänge nicht gehören, weil sie bei seinem Leben aus seinem Vermögen herausgegangen sind, — sondern sie bilden ein Additament zu dem Activbestande des Nachlasses, wiewohl durch die Collation, der Wirkung nach, eine Confusion eigener Vermögensobjecte des Erben und des Vermögens des Ascendenten eintritt. Der extraneus hat aber, als Erbe, zwar ein Recht an dem Nachlaß, aber nicht an Dingen, die weder zu diesem noch zu den Erzeugnissen desselben gehören.

Const. ult. cit.

Fr. 3. §. 6 de collat. bon.

Mit Unrecht beruft man sich auf die Analogie des römischen Rechts hinsichtlich des Erbtheils der armen Wittwe. Zwar haben einige Rechtslehrer geglaubt, daß die arme Wittwe dann Anspruch auf Collation machen könne, wenn sie mit Descendenten concurrirt und eine Virilportion bekommt; allein das läßt sich aus

Nov. 117. c. 5

nicht ableiten. Darin heißt es: die indotata mulier solle, wenn sie mit drei oder weniger Kindern des Mannes concurrirt, quartam partem ex substantia viri accipere; sin autem amplius fuerint filii, in utroque casu tantum accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum. Für den ersten Fall stehen die Worte „ex substantia viri" der Annahme einer Collationspflicht der concurrirenden Descendenten geradezu entgegen. Es ist aber ganz natürlich, diese Worte auch auf den durch „sin autem" damit verbundenen folgenden Satz zu beziehen ..... Ebensowenig kann man sich darauf berufen, daß dem conjux superstes wegen der Hälfte seiner Erbportion ein Pflichttheilsrecht gegeben ist. Denn nicht alle Pflichttheilsberechtigten haben Anspruch auf Collation, sondern diese können nur die Descendenten unter einander begehren. In der

C. 28 pr. de collat. 6, 20

ist nur gesagt, daß die Pflichttheilsberechtigten, wenn sie ab intestato succediren, alles dasjenige conferiren müssen, was sie sich in den Pflichttheil anrechnen lassen mußten. Daraus läßt sich aber nicht ableiten, daß alle Pflichttheilsberechtigten nun auch gegen die sonstigen Vorschriften des geltenden Rechts unter einander zur Collation verpflichtet sein sollten. Ohnehin kommen die meisten Gegenstände bei den andern Pflichttheilsberechtigten außer den Descendenten, so viel als gar nicht vor. Mit Recht stellt daher

Thibaut, Archiv für civ. Praxis Bd. 5. S. 330.

die Meinung auf, daß in der erwähnten Constitution hinsichtlich der Subjecte der Collation nichts Neues angeordnet sei. Allerdings kann nach dieser Ansicht der Vorversterbende die Kinder durch besondere Zuwendungen unter Lebenden zum Nachtheile des conjux superstes begünstigen. Allein der Erblasser hat ja auch da, wo sonst conferirt werden müßte, freie Macht, die Collation zu untersagen, und so die von ihm gewollte Begünstigung des einen oder andern Kindes, soweit keine Pflichttheilsverletzung eintritt, ins Werk zu setzen. Davon aber, welche Rechte der Ehefrau im Falle der Verletzung des ihr gebührenden Pflichttheils zustehen, ist hier nicht die Rede.

Erk. des OAG. zu Oldenburg vom Jahre 1837.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 264.

Präjudiz 2.

Die Collationspflicht der überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit ihren Kindern ist gegenseitig und daher auch von den Kindern der Ehefrau zu conferiren, weil nur auf diese Weise die durch die Verordnung vom 30. December 1754 vorgeschriebene vollkommene Gleichheit der Ehegatten und Kinder juristisch herausgebracht werden kann.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 22. Juli 1833, in S. Wendt c. Käsewieter.

Bestätigt in der Supplicationsinstanz am 30. Jan. 1834.

XII.

Streitig ist, ob man über die Collationspflicht eine allgemeine Regel aufstellen könne.

Einige stellen die allgemeine Regel auf: Es muß Alles conferirt werden, was ein Descendent von dem verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe empfangen hat, L. 17 C. de coll., und von dieser Regel beständen nur Ausnahmen, z. B. L. 20 C. eod.

Bachovius ad Treutler. II. disp. 17. th. 5.
Vinnius, tr. de collat. XV. 14.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 11—19.
Berger, oecon. jur. II. 4. th. 51.
Stryk, succ. ab intest. diss. 11. c. 4. §. 15.
Voet ad D. 37. 6. §. 11.

Vergl. hiergegen
Francke, civ. Abh. S. 220.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 475 f.
Roßhirt, Einleit. in das Erbrecht S. 414.
Hunger, röm. Erbrecht S. 508.
Reinhard, Einwerfung nach röm. und würtemb. R.

Andere stellen umgekehrt die Regel auf, die Freiheit von der Collation bilde die Regel und die Collationspflicht sei eine Ausnahme. Die entgegengesetzte Theorie gehe über den Inhalt der Gesetze hinaus, indem sie von einem willkürlich gebildeten Begriff der donatio simplex ausgehe. Sie könne sich nicht gründen auf L. 20 pr. C. de collat. verb.: quod tam in aliis quam in his quae occasione militiae, denn hier sei ja nur von anderen in den Pflichttheil einzurechnenden Gaben die Rede; sie könne sich auch nicht gründen auf L. 20 §. 1 cit., denn der dort allerdings fünfmal vorkommende Ausdruck simplex donatio bezeichne hier schlechterdings nur den Gegensatz von dos und donat. propter nupt., also jede andere Schenkung, sogar auch diejenige, bei welcher ausdrücklich die Anrechnung auf den Erbtheil ausgemacht sei. Man müsse also jene Regel ganz fallen lassen, und nur danach fragen, welche Gegenstände in den Gesetzen als zu conferirende bezeichnet seien, mit andern Worten: die Freiheit von der Collation bilde die Regel, die Collationspflicht die Ausnahme.

Pfitzer, Collation §. 66.
Schweppe, röm. P.-R. §. 864.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 765.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 837.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 25.
Fein, Collation S. 250 f.
Thibaut, System §. 884.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 720.
Roßhirt, Intestaterbf. S. 425 f.
Mayer, Erbrecht §. 126.
Hunger, Erbrecht §. 156.
Lang, Institut. §. 465.
Puchta, Lehrb. §. 504.
Göschen, Vorles. Th. 3. Abth. 2. S. 471.

Präjudiz 1.

In einer von zwei Geschwistern wider ihren Bruder und Miterben erhobenen Klage war zu erkennen gebeten worden, daß letzterer 2000 Thlr., die er zum Ankaufe einer Mühle vom gemeinschaftlichen Vater und Erblasser erhalten, zu conferiren schuldig sei. Diese Klage wollte der Verklagte um deswillen als unangebracht verworfen wissen, weil darin weder auf eine ihm bezüglich jener 2000 Thlr. vom Erblassee ausdrücklich auferlegte Collationspflicht, noch auf eine Rechtsvermuthung, vermöge welcher eine solche Collationspflicht bis zum Beweise des Gegentheiles als begründet sich darstelle, Bezug genommen sei.

Oberstrichterlich wurde aber die Klage für allerdings statthaft anerkannt.

Gründe: Es beruhet auf der gesetzlichen Vorschrift in fr. 12. 13 de legatis I.,

wenn man in allen Fällen, wo ein Ascendent dem Descendenten etwas zum Ankaufe wiederverkäuflicher Sachen gibt, oder aus irgend einer besonderen Veranlassung eine pecuniären Vortheil bringende Unterstützung angedeihen läßt, eine regelmäßige Collationspflicht annimmt.

C. 17. C. 20 de callat. 6, 20.

C. 30. §. 2 de inofficioso testam. 3, 28.

Pfitzer, über die Collation der Descendenten §. 64—67. §. 106.

Wohl ist die wahrscheinliche Absicht der Ascendenten im Allgemeinen der letzte Grund des Gesetzes; aber sie darf nicht in concreto das leitende Princip für den Richter sein. Zwischen diesen und jenes höchste Fundament tritt das Gesetz anstehend in die Mitte, welches Gleichstellung der Descendenten will.

C. 17 cit. de collat.

Nov. 18. c. 6.

Um im einzelnen Falle die Collation für begründet zu achten, bedarf es eben so wenig einer besonderen, durch thatsächlichen Beweis, oder Rechtsvermuthung herzustellenden Nachweisung, daß jene Absicht dem Ascendenten auch wirklich beigewohnt habe,

Pfitzer, a. a. O. §. 49.

als wenig z. B. bei der simpeln Schenkung, umgewandt, das diese Darthun, es sei die Absicht des Ascendenten auf Einwerfung gerichtet gewesen, auslangen würde, um den Descendenten zu einer beim Empfang der Schenkung

C. 20 cit. §. 1 de collat.

hin nicht zur Bedingung gemachten Collation anzustrengen, falls nicht jene Absicht in letztwilliger Farm wirklich ausgesprochen worden wäre.

Erk. des OAG. zu Jena v. 7. August 1823, in S. der verehelichten Rath u. Gen. c. Preßler.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 276.

Präjudiz 2.

In Erwägung, daß nach dem rechtskräftigen Erkenntnisse v. 7. Juli v. J. und nach der Sachfälligkeits-Erklärung der Klägerin v. 5. Oct. 1854 die Klägerin als von dem väterlichen Großelterlichen durch ihre bei ihrer Verheirathung im Jahre 1837 empfangene und ihrem Ehemanne inserirte Abfindung gänzlich abgefunden und nur hinsichtlich des übrigen Nachlasses noch miterbeilungsberechtigt anzunehmen ist, bei dieser Sachlage ein genügend thatsächlich und rechtlich substantiirter Grund, die Mitbeklagte Weffel zur Collatian desjenigen, was ihr nach ihrer Ehestiftung vom 3. Juli 1852 §. 6 von ihrer Schwester, der Mitbeklagten Garbe, als Hofsannehmerin, zufolge deren Ehestiftung vom 31. Juli 1852 §. 2 für den Absprung, resp. zur Abfindung von dem väterlichen Hofe zu entrichten und von ihr ihrem Ehemanne inseeirt ist, anzuhalten, in den Behauptungen der Klägerin nicht zu finden ist, und deshalb etwaige Ansprüche der Klägerin in Bezug auf den fraglichen, die gemeinschaftliche väterliche Erbmasse gar nicht verringeenden Collationsgegenstand in diesem Processe nicht zur Erörterung kommen können . . .

Erkannt im 1. Senate des OG. zu Wolfenbüttel am 10. Febr. 1855, in Sachen Ringe c. Waenecke.

XIII.

Streitig ist, ob Aussteuer und Brautgeschenke nach den Grundsätzen der dos und propter nupt. donat. oder nach den Grundsätzen der einfachen Schenkung bei der Collation zu behandeln sind.

Einige meinen, die L. 17 C. de collat. 6, 20 unterwerfe wörtlich nur die dos und donat. propter nupt. der Collation; dagegen könnten Aussteuer und Brautgeschenke nicht dahin gerechnet werden, und seien vielmehr nach dem Grundsatze der Schenkungen zu behandeln.

Schweppe, röm. P.-R. §. 864. Not. 8.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512. S. 332.
Francke, civil. Abh. §. 222.

Andere meinen, es müsse Alles conferirt werden, was den Kindern zur Errichtung einer gesonderten Wirthschaft, also namentlich bei Eingehung einer Ehe zu ihrer Ausstattung vom Ascendenten gegeben sei. Es liege dieser Ansicht ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses zum Grunde, welches eben dadurch sich geltend mache, daß die römische donat. propter nupt. in unserem Rechte nicht einheimisch geworden sei. Diese Aussteuer oder elterlichen Aushilfen seien Gaben, von denen nach der herrschenden gemeinen Ansicht im Zweifel nicht anzunehmen sei, daß sie den Empfänger vor Anderen bevortheilen sollten; von denen vielmehr zu vermuthen sei, daß sie anderen Descendenten im gleichen Falle ebenfalls würden zugewendet worden sein, und die insofern der dos analog seien.

Puchta, Lehrb. §. 513. Not. b.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 713.
Mackeldey, Lehrb. §. 696.
Stryk, diss. de collat. descend. cap. 4. §. 11.
Pfitzer, Collation §. 105.
Lauterbach, coll. th. pr. P. tit. de dot. coll. §. 11.
Bausch, de subsid. parentum coll. obnox.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 839 f.
Emminghaus, Pand. S. 675. Nr. 17.
Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 24.

Andere wollen die Ausstattung der Söhne von diesen nur als Emancipirten conferirt wissen.

Mayer, Erbrecht §. 127 a. E., vergl. mit §. 126 a. E.

Vergl.

Fein, Collation S. 259 u. 263 f.

Präjudiz 1.

Die klägerische Ehefrau muß als Descendentin des gemeinschaftlichen Erblassers dasjenige, was sie van demselben bereits bei dessen Lebzeilen (als Mitgift und Aussteuer) erhalten hat, nicht allein bei einer finalen Erbauseinandersetzung, sondern auch dann, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, einen Theil ihrer Erbportion früher ausgezahlt erhält, auf dieselbe in Absatz bringen und conferiren. Eine Ausnahme van dieser Regel zu ihren Gunsten ist aus dem väterlichen Testamente um so weniger zu entnehmen, als die in demselben bestimmte vorläufige Erbportion ihr offendar nur deshald gegeben worden ist, um sie mit den Kindern erster Ehe, welche schon früher (vor Errichlung der fraglichen letztwilligen Disposition nämlich) einzelne Vermögenstheile erhalten hatten, gleichzusetzen, nicht aber um sie (die sich erst nach Errichtung des Testaments verheirathete und nun die betreffende Mitgift erhielt) in Beziehung auf jene zu begünstigen. Die klägerische Ehefrau ist deshalb schuldig, den geständigermaßen van dem gemeinschaftlichen Erblasser bei dessen Lebzeiten erhaltenen Brautschatz sich auf

die ihr vorläufig aus dem Testamente zukommende Erbportion ad 2300 Thlr. kürzen zu lassen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 24. Oct. 1831, in Sachen Warnecke nomine uxoris geb. Bohling c. die übrigen Bohling'schen Erben.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 68.

XIV.

Streitig ist, ob väterliche Beihilfen, welche zur Bestreitung des Haushalts und sonstigen Unterstützung verehelichter Kinder gegeben sind, der Collationspflicht unterliegen.

Einige meinen, solche väterliche Beihilfen, welche dem Kinde von Zeit zu Zeit in den Haushalt und zu sonstiger Unterstützung gegeben werden, müsse man in der Regel als Zuschuß zum Unterhalt des Kindes ansehen, und seien dann als Alimente von der Collation befreit,

Pfitzer, Collation §. 169.

als Vorlehen oder unverzinslicher Vorschuß aber fielen dergleichen Gaben in die Kategorie der Schulden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 864. S. 225.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 5. §. 183 Not. m.

Andere meinen, solche elterliche Aushilfen seien Gaben, wovon im Zweifel nicht anzunehmen sei, daß sie den Empfänger vor Andern bevortheilen sollten. Es sei vielmehr zu vermuthen, daß sie anderen Descendenten im gleichen Falle ebenfalls zugewendet worden seien, und seien insofern der dos sehr analog, cf. Sachsenspiegel Bd. 1. A. 13.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 840.
Emminghaus, Pand. S. 675. Nr. 47.
Holzschuher, Th. 3. S. 223.

Was hiergegen dem Sohne zur Anrichtung eines eigenen Haushalts gegeben sei, werde der Collation unterworfen.

Link, diss. de subsid. paterno cap. 4.
Buchholz, Versuche S. 74.

Auch sei gewiß, daß die von den Eltern aufgewandten Kosten des Hochzeitsfestes bei Verheirathung der Kinder keinen Collationsgegenstand bildeten, weil sie verzehrt worden, aber auch deshalb, weil solcher Aufwand von den Eltern mehr im eigenen Namen des Anstandes wegen, als für die Kinder gemacht zu werden pflege.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 842.
Puchta, Pand. §. 513. Not. b.

Vergl. auch

Fein, Collation S. 259.

Präjudiz 1.

In dem elterlichen Ehescheidungsvertrage war der Tochter ein Capital von 3000 Thlrn. mit der Bestimmung ausgesetzt worden, daß die Zinsen zur Bestreitung der Unterhaltungs- und Erziehungskosten dienen, bei erlangter Volljährigkeit oder etwa früher erfolgender Verehelichung aber die Tochter nicht nur die Zinsen, sondern auch das Capital selbst erhalten solle. Nach dem Tode des Vaters entstand über die Verbindlichkeit der Tochter, das bezeichnete Capital zu conferiren, Streit mit ihrem Bruder. Die Entscheidung fiel gegen die Tochter aus. „Obwohl Alimente, welche der Vater einem Kinde gereicht hat, der Collation nicht unterworfen sind, so kann dieser Grund der Befreiung doch hier bloß auf diejenigen Zinsen von den 3000 Thalern angewendet werden, welche auf die Unterhaltung und Erziehung der Tochter bis zum Tode des Vaters bereits verwendet worden sind. . . . Das Capital selbst gehört nicht zu den der Collation nicht unterliegenden genossenen Alimenten. Da der Vater nur so lange, als er am Leben, verbunden war, für seiner Kinder Erziehung und Unterhalt zu sorgen, so hat mit dem Tode des Erblassers das Capital der 3000 Thaler die Bestimmung verloren, das Mittel abzugeben, durch welches die gedachte Verbindlichkeit erfüllt werden sollte. Bei der Bestimmung im Vertrage, wornach die Tochter bei dem Eintritte ihrer Volljährigkeit die freie Verfügung über das ihr übereignete Capital der 3000 Thaler, bis dahin aber nur die Zinsen erhalten sollte, ging die Absicht des Erblassers unzweifelhaft dahin, seiner Tochter einen Fonds, durch dessen Benützung dieselbe die Mittel, oder wenigstens einen namhaften Betrag sowohl zu ihrer Erziehung als zu ihrem Lebensunterhalt erlangen könne, also eine väterliche Hilfe und Unterstützung (subsidium paternum) zu gewähren. — Obwohl in den römischen Gesetzen das subsidium paternum nicht speciell unter den collationspflichtigen Objecten genannt wird, so wird es doch nach gemeinem Rechte als ein solches betrachtet, und diese Ansicht als die gemeine Meinung von den Schriftstellern angegeben.

Pfitzer, über die Collat. der Descend. §. 106.
Mühlenbruch, Pand. §. 720.
Weiske im Rechtslexikon Bd. 3. S. 839 f.

Daß diese Ansicht die allgemein angenommene sei, geben selbst diejenigen Schriftsteller zu, welche übrigens die Zahl der collationspflichtigen Objecte möglichst beschränken, z. B.

Fein, das Recht der Collation S. 259. 264.
Erk. des OAG. zu Dresden von 1849/50.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 349.

Präjudiz 2.

Hat der Vater dem Sohne zu Erbauung eines Wohnhauses eine Brandstätte gekauft, und Geld zu diesem Bau an und für ihn gezahlt, so wären jene Kauf- und anderen Gelder nach römischem Rechte nur dann zu conferiren, wenn der, welcher es begehrt, eine dos oder donatio propter nuptias einzuwerfen hätte.

Fein, Collation S. 210.

Allein nicht nur hat sich von jeher selbst die gemeinrechtliche Praxis mehr der entgegengesetzten Meinung zugeneigt, daß die sog. subsidia paterna, d. h., was den Kindern zu Einrichtung ihrer abgesonderten Wirthschaften von den Ascendenten gegeben wird, als Collationsobject anzusehen seien:

Weiske, Rechtslexikon Bd 3. S. 840.
Puchta, Pand. §. 513. Not. b.

sondern es kann auch für die Länder, in denen der Sachsenspiegel rechtliche Giltigkeit hat, gar keinem Zweifel unterliegen, daß diese Gegenstände der Collation unterworfen sind. . . .

Erk. des OAG. zu Jena vom J. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 136.

Präjudiz 3.

1) Es ist zu dem Begriffe der väterlichen Mithilfe nicht nothwendig, daß sie der Tochter selbst gegeben sei; sie kann eben so gut deren Ehemann bestellt worden sein, indem ja dieser die ehelichen Lasten tragen muß, und die subministratio rei familiaris der Frau mit zu gute kömmt.

2) Ist das subsidium paternum im Allgemeinen und ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit jährlich zu leisten versprochen worden, so muß es auf die Dauer der Ehe geleistet werden, hört jedoch mit dem Tode des Vaters oder Schwiegervaters auf; denn es kann nicht vermuthet werden, daß letztere auch ihre Erben zur Fortleistung einer auf persönlicher Zuneigung beruhenden Liberalität haben verpflichten wollen.

3) Da das subsidium paternum ein deutsches Rechtsinstitut ist, so können die Formen des römischen Rechts über Insinuation der Schenkungen unter Lebenden, wenn dasselbe auch über 500 solidos beträgt, nicht darauf angewendet werden.

4) Willkürlicher Widerruf findet nicht statt; er würde dem Geiste des deutschen Rechts widerstreben; auch würden die Lehrsätze über donatio sub modo, falls man sie als anwendbar betrachtete, entgegenstehen. Auch gegen die Zurücknahme des subsid. pat. wegen Undanks hat sich die Praxis erklärt.

Wernher, obs. t. 66. V. 62.
Bauer, resp. tt. 94.
Curtius, Handb. Ausg. 2. §. 1351. Not. c.

5) Darauf, ob die Kinder es ferner bedürfen, kann es bei der Pflicht, es fortzuzahlen, nicht ankommen, wenn nicht dem Versprechen eine Beschränkung beigefügt war. Denn der Zweck kann auch sein, den Kindern und ihren Gatten bessern Lebensgenuß zu bereiten, als sie außerdem sich hätten verschaffen können.

Erk. des OAG. zu Dresden vom J. 1841.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 127.

Präjudiz 4.

Den oberrichterlich gebilligten Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses des holsteinischen Obergerichts entnehmen wir Folgendes:

Weder nach römischem Rechte, möge man der ältern oder neuern Theorie über die Collation unter den Erben folgen, noch nach Dithmarsischem Landrechte sind alle Gegenstände, welche die Descendenten von ihrem zu beerbenden Ascendenten bei dessen Lebzeiten empfangen haben, der Collation zu unterziehen. Es kommt vielmehr darauf an, wie diejenigen Gelder, deren Collation verlangt wird, ihrer rechtlichen Natur nach zu betrachten sind.

Der nach Dithmarsischem Landrechte Art. 42 pr. nicht zur Dotirung seiner Tochter verpflichtete Vater hat seinen Schwiegerkindern, meistens in vierteljährigen Raten von 500 Bco.M., jährlich 2000 Bco.M. ausbezahlt. Es ist unter den Parteien nicht zweifelhaft, daß diese Zahlungen zur Führung des Hausstandes des Appellanten geschehen sind. Diese jährlich wiederkehrenden Zahlungen können mithin weder als die Constituirung einer dos, noch als ein subsidium paternum zur Einrichtung des Hausstandes und der Wirthschaft, weil diesem die fortwährende vierteljährliche Auszahlung widerspricht, angesehen werden, sondern sind im juristischen Sinne lediglich als Zahlungen von Alimentengeldern zu betrachten, indem es keineswegs zum Begriffe der Alimente gehört, daß sie sich auf die Darreichung des Nothwendigsten beschränken müßten:

fr. 5. §. 7. 10. 19. 25 de agnosc. et alend. liberis 25, 3.
Nov. 89. c. 12. §. 6.

Alimente aber, seien es naturalia oder civilia, sind weder nach römischem Rechte,

Const. 11 de negot. gest. 2, 19.

noch nach Dithmarsischem Landrechte der Collation unterworfen ꝛc.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 28. Febr. 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 206.

Präjudiz 5.

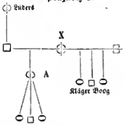
Ueber die Verpflichtung zur Collation der Kosten des Hochzeitsschmauses spricht sich ein Erkenntniß des LG. zu Wolfenbüttel vom 23. October 1817, in A.-S. Boog c. Boog, folgendermaßen aus:

Es erscheint das Verlangen der Beklagten in Hinsicht der Collation der in der Ehestiftung der Mitkläger denselben mitverschriebenen Kosten für die Hochzeit und für die zu liefernden Naturalien zu resp. 100 und 200 Thlr. als begründet, indem diese Hochzeitskosten den obwaltenden Umständen nach nicht für solche Kosten des Hochzeitsschmauses zu halten sind, welche unter anderen Verhältnissen, wenn der Vater der Verlobten einen solchen Schmaus, gewissermaßen um sich selbst zu ehren, ausrichtet, der Collation nicht unterworfen sind; es müssen vielmehr solche eher als Theil der übrigen verschriebenen Abfindungen betrachtet werden.

Bestätigt vom OAG. am 18. Sept. 1818 aus folgenden Gründen:

Es erhellet schon die Verpflichtung zur Collation der Hochzeitskosten aus der Gleichheit, welche auf dem Lande unter mehreren Kindern in Hinsicht auf dieselben beobachtet zu werden pflegt, und im vorliegenden Falle gleichfalls in der Absicht des Erblassers, nach Ausweisung der Ehestiftung vom 12. Mai 1798 und 17. Aug. 1806, gelegen hat. Und dann geht aus den Hochzeitsgeschenken der Gäste, welche gewöhnlich im Verhältnisse zu dem bei ihrer Bewirthung gemachten Aufwande stehen, ein Grund hervor, den letztern nicht als eine bloße Ehrenausgabe von Seiten des Vaters zu betrachten.

Präjudiz 6.



Verklagte Boog.

Von Lüders ist ein Halbspännerhof auf A vererbfällt. Während der Minderjährigkeit des A hat der gemeinschaftliche Erblasser X solchen Hof bewirthschaftet, und 150 Thlr. Hofsschulden bezahlt, sowie 600 Thlr. zur Erbauung von Ställen verwandt. Bei Theilung des Nachlasses des gemeinschaftlichen Erblassers X verlangen die Kläger unter Andern auch die Collation jener 150 Thlr. und 600 Thlr.

Das OAG. zu Wolfenbüttel spricht sich in seinem Erkenntniß vom 18. Sept. 1818, in A.-S. Boog c. Boog, dahin aus:

Die Grundsätze des Bauernrechts schließen hier die Anwendbarkeit des römischen Rechts über den Umfang des Nießbrauchs aus. Unverträglich mit dem Geiste der vaterländischen Gesetzgebung, welche der Erhaltung der Bauergüter und einer darauf sich beziehenden Begünstigung ihrer Besitzer so manche gemeinrechtliche Befugnisse, z. B. der Miterben und des Meierheern, aufopfert, würde es sein, wenn ein Vater seines Kindes Gut kraft väterlichen Nießbrauchs lange Jahre benutzen könnte, ohne dessen Ertrag, der Bestimmung desselben gemäß, zu Bezahlung der darauf haftenden Schulden und Vorrichtung der zu seiner Erlangung erforderlichen Gebäude zu verwenden, und so den Nießbrauch über die Rechte des Eigenthümers selbst ausdehnen dürfte. Stehen diesem die, wenigstens eine Analogie darbietenden Grundsätze von der Interimswirthschaft schon entgegen, so treten die damit übereinstimmenden Vorschriften von der tutela fructuaria hier unmittelbar in Anwendung; finden sich auch mit den Bestimmungen des römischen Rechts, selbst wenn sie nicht vor diesen zu befolgen wären, um so weniger im Widerspruche, als solche dem das Muttergut seines Kindes nießbrauchenden Vater ausdrücklich alle Verbindlichkeiten des Eigenthümers auflegen, und in sofern den väterlichen, eine universitas juris betreffenden Nießbrauch von der servitus ususfructus an einzelnen Gegenständen unterscheiden.

L. 1 C. de bonis matern.
L. 8. §. 4 u. 5 C. de bonis quae liber.

Der aufgestellte Collationsanspruch würde hiernach allein in dem Falle begründet sein, wenn der vom Erblasser zum Besten seines ältesten Sohnes gemachte Aufwand erweislicher Maßen den gesammten Ertragsüberschuß dessen Vermögens, während der Erblasser solches im Nießbrauche gehabt, übersteigen haben sollte.

Präjudiz 7.

In dem Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 15. Jul 1825, in A.-S. Böse c. Herbst, heißt es:

In Hinsicht der Kosten der Hochzeit muß die Verbindlichkeit der Klägerin, das bei ihrer Verheirathung von ihrem Vater unentgeltlich Empfangene zu conferiren, insofern eintreten, als ihr aus jener Kostenverwendung durch Ueberlassung der Hochzeitsgeschenke ein Vortheil erwachsen ist. Da die Kläger zugestehen, daß der Vater der Mitklägerin die bei deren Hochzeit von den Gästen gegebenen Geschenke dem Mitkläger überwiesen habe, so ist anzunehmen, daß ersterer, wenn sie ihre Angabe, unter welchen Umständen diese Ueberweisung geschehen, nicht darthun können, die alsdann von ihr auf der Beklagten Verlangen eidlich anzugebenden Hochzeitsgeschenke zu Gute gekommen seien, also bis zu solchem Betrage die Collation der Hochzeitskosten, deren mindestens gleicher Belauf vorauszusetzen ist, obliege.

XV.

Streitig ist, ob remuneratorische Schenkungen zu conferiren seien.

Einige verneinen dies, weil man annehmen müsse, daß bei einer remunerandi causa vorgenommenen Schenkung schon der Wille des Schenkers die Collation ausschließe, denn sonst könnte ja seine Absicht, zu remuneriren, ganz vereitelt werden. Ferner, weil die donat. remun. keine reine Freigebigkeit, sondern eine Gefälligkeit für Erfüllung einer obligat. naturalis sei.

Leyser, sp. 411. med. 5 u. 6.
Müller ad Leyser. obs. 651.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1663.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Thibaut, System §. 884. Not. e.
Mühlenbruch, Lehrb. 720. Nr. 4.
Beck, de collat. bon. cap. 4. §. 69.
Pfitzer, von der Collation §. 65 u. 185.
Reinhard, von der Einwerfung §. 229.
Schweppe, röm. P.-R. §. 864. S. 224.
Emminghaus, Pand. S. 679. Nr. 23.

Andere meinen, auch die donatio remuneratoria sei zu conferiren, denn in L. 20. §. 1 Cod. de coll. sei die Collation der donatio „simplex" unter Umständen vorgeschrieben, und darunter seien die remuneratorischen Schenkungen mit begriffen, weil die Römer ihrer donatio simplex den Ausdruck remuneratoria nicht entgegensetzen.

Stryk, de success. ab intest. diss. 11. c. 4. §. 13.
Fein, die Collation S. 224.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 26.

Vergl.

Meyerfeld, Lehre v. d. Schenkungen Bd. 1. §. 19.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 9. S. 652.
Savigny, System Bd. 4. S. 88 f.

mit

v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Nr. 7.

XVI.

Streitig ist, ob einfache Geschenke conferirt werden müssen.

Einige Aeltere bejahen dies allgemein; denn Vater und Sohn seien rechtlich als eine Person zu betrachten, und den Erwerb des Haussohns erwerbe dieser für den Vater; deshalb blieben auch Schenkungen Vermögensobject des Vaters.

Stryk, usus mod. de dotis collat. §. 4.
Schilter, exerc. ad P. exerc. 41. §. 17.
Donellus, Comm. P. 37. 6. t. 9. c. 5. lit. f.
Lauterbach, diss. de inoff. donat. th. 28.

Andere verneinen die Frage allgemein, unter Berufung auf L. 18 C. famil. herc. u. L. 20. §. 1 C. de collat.; denn wenn Eltern den Kindern etwas schenkten, so wollten sie, daß sie das Geschenk im Voraus haben sollten.

Beck, de collat. bonor. cap. 4. §. 99.
Walch, controv. p. 258.
Pufendorf, T. 1. obs. 171.
Höpfner, Instit. §. 710.

Andere unterscheiden: einfache Schenkungen seien zu conferiren, a) wenn sie mit der Bestimmung gegeben worden, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden, der Beschenkte aber dennoch nicht auf den Pflichttheil beschränkt sei, L. 20 pr. C. de collat. L. 25 D. de inoff. test.; b) wenn der Erblasser sonst irgendwie bei der Schenkung die Intention zu erkennen gegeben habe, daß dieselbe conferirt werden sollte, also vorzüglich, wenn das ausdrücklich ausgesprochen oder die Schenkung zur Abrechnung auf den künftigen Kindeserbtheil gegeben sei, L. 20 in f. C. de collat. In dieser Beziehung könnten des Beweises wegen die vom Erblasser geführten Annotationen über freiwillige Gaben an die Descendenten erheblich sein; c) wenn andere Descendenten, die nicht ebenfalls einfache Schenkungen empfangen haben, dos oder donatio ante nuptias conferiren, während der Beschenkte solche nicht zu conferiren habe, L. 20. §. 1 C. de collat.

Pfitzer, die Collation §. 108.
Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht S. 442.
Mittermaier, d. P.-R. §. 393.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 838.
Schweppe, röm. P.-R. §. 864.
Thibaut, System §. 884.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.

während Andere auch noch voraussetzen, daß die Schenkungen nicht unmäßig seien.

Leyser, sp. 411. med. 6.

Andere wollen den scheinbaren Widerspruch der L. 17 in f. C. de collat. und der L. 20. §. 1 D. eod. über die absolute Verpflichtung zur Collation der Geschenke davon erklären, daß in L. 17 C. cit. nur eine Concurrenz von suis oder nur von emancipatis vorausgesetzt sei; für den Fall der Concurrenz beider Arten von Descendenten habe die Collationspflicht schon bestanden und sei in Justinian's L. 17 C. nicht berührt. Mit der collatio emancipati habe sich dieses ursprüngliche Verhältniß geändert, so daß der von Justinian vorausgesetzte Fall nun auch bei der Concurrenz von suis und emancipatis eintreten konnte. Für das heutige Recht sei es also durchgreifende Regel, daß, wenn ein Descendent eine dos u. s. w. und keine simplex donatio erhalten und zu conferiren habe, der Andere, welcher eine donatio simplex empfangen habe, zur Collation verbunden sei. — Haben nun mehrere Descendenten oder einige von ihnen nur eine einfache Schenkung erhalten, so finde keine Collation statt. Die L. 17 cit. enthalte nun aber zugleich die seltsame, das Princip der Ausgleichung vernachlässigende Vorschrift, daß, wenn das Kind, welches eine dos erhalten, auch noch eine donatio simplex empfangen habe, keine Collation der Schenkungen eintreten solle. Es sei mithin möglich, daß, wenn eine Tochter A 1000 Thlr. zur dos und 100 Thlr. Geschenk, der Sohn B aber 500 Thlr. Geschenk erhalten habe, letzterem von der dos 500 Thlr. conferirt werden, während die Geschenke von beiden Seiten her gar nicht in Betracht kommen; es fehle ferner in der L. 20 cit. eine Bestimmung über complicirte Fälle, wie z. B. wenn zu den vorgedachten beiden Geschwistern noch eine Schwester C kommt, die eine dos, aber keine Schenkung erhalten, oder wenn A wie B nur eine einfache Schenkung empfangen hat; ferner, wenn noch ein Vierter hinzukommt, D, der weder dos noch donatio erhalten hat. Alle diese Fragen seien nach dem Grundsatze zu beantworten, daß die donatio simplex nur in recompensationem dotis s. propter nupt. donat. conferirt werde, d. h. mit anderen Worten: nur denjenigen Mit-

descendenten, welche eine dos oder propter nupt. donat. einwerfen müßten, während deren Conferendum allen zu Gute komme; es werde also die Masse durch die collat. dotis etc. absolut vergrößert, durch collat. donationis aber nur relativ für die Betheiligten einzelner Miteescendenten.

Fein. Collation S. 212.
Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 26.

Siehe auch

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 780.

Präjudiz 1.

In den Motiven eines Dresdener OAG.-Erk. kommt hierüber vor: „Als Regel ist es anzusehen, daß die in die väterliche Verlassenschaft succedirenden Descendenten Alles, was sie vom Vater bei Lebzeiten erhalten haben, conferiren müssen.

Fr. 1 pr. de collat. 37, 6.
Const. 6. 12. 13. 17 cod. 6, 20.

Indessen wird von vielen Rechtsgelehrten eine Ausnahme von dieser Regel bei der einfachen Schenkung behauptet. Es kann hier von der Prüfung der Erörterungen abgesehen werden, zu welchen die scheinbar widersprechenden Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian

Const. 18 fam. erc. 3, 36 und
Const. 13 de collat. 6, 20

Anlaß gegeben haben, da darüber, daß diese Ausnahme von der Collationsverbindlichkeit hinsichtlich der einfachen Schenkung, doch unter gewissen Modificationen anerkannt worden ist, der Inhalt der Verordnung Justinian's in

Const. 20. §. 1 de collat. 6, 20

den bestimmtesten Nachweis enthält. Auf Grund dieser Verordnung wird eine Befreiung von der Einwerfung einzelner Schenkungen nach der Meinung mehrerer Juristen (z. B. Thibaut, P.-R. §. 733) dann nicht angenommen, wenn der Descendent, welcher eine einfache Schenkung erhalten hat, mit anderen Descendenten concurriet, welche eine vom Erblasser erhaltene dos oder donatio propter nuptias zu conferiren haben, indem solchenfalls jener auch die einfache Schenkung conferiren müsse. Betrachtet man jedoch den Inhalt der

C. 20. §. 1 cit.

genauer, so findet man, daß darin die Verbindlichkeit zur Conferirung einer einfachen Schenkung auf einen noch specielleren Fall beschränkt ist. Nach den Worten derselben (insbesondere „neque dotem neque donationem ante nuptias a parente suo accepit, sed simplicem tantummodo donationem“) ist der Descendent, welcher eine einfache Schenkung erhalten hat, und mit anderen Descendenten concurrirt, welche eine dos oder donatio ante nuptias bekommen und zu conferiren haben, nur dann zur Einwerfung verbunden, wenn er bloß die einfache Schenkung, außerdem aber nichts der Collation Unterworfenes erhalten.

Da der Descendent nach den oben bezogenen Gesetzstellen unter Regel Alles, was er vom Erblasser erhalten hat, zu conferiren verbunden ist, so trifft ihn, dafern er sich auf factische Umstände bezieht, welche eine Ausnahme von dieser Regel begründen (und dies ist die Bezugnahme auf das Daseln einer einfachen Schenkung), auch die Verbindlichkeit, diese thatsächlichen Umstände zu beweisen.“

Uebereinstimmend ein Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 6. Februar 1838: „Die Collation der Schenkung ist nicht angeordnet, wenn der Beschenkte außer ihr eine zu conferirende Ausstattung erhalten hat. Die gesetzliche Bestimmung entspricht sowohl der Natur der Schenkung als der vermutheten Absicht des Ascendenten, daß seine Descendenten gleiche Erbtheile erhalten sollen. Giebt nämlich der Vater einem Kinde ein Heirathsgut, einem andern eine Schenkung, weil dieses nicht in der Lage ist zu heirathen, so that er es, um beide gleichzustellen. Da aber nach den Gesetzen die Ausstattung zu conferiren ist, so würde wider den Willen des Vaters eine Ungleichheit entstehen, wenn nicht auch die Schenkung der Collation unterworfen wäre. Macht aber nun der Vater dem Empfänger der Ausstattung noch überdem eine Schenkung, so liegt dessen Absicht, dieses Kind vor dem andern Kinde zu begünstigen, klar vor. Die Collationspflicht ist nun nicht darum eingeführt, um beabsichtigte Begünstigungen des Vaters zu beseitigen, sondern sie soll Gleichheit unter den Kindern nur soweit herstellen, als es sich vernünftigermaßen annehmen läßt, daß der Vater Gleichheit gewollt habe. Diese Absicht, das Kind, welchem der Vater zu der Ausstattung noch eine Schenkung gab, zu begünstigen, liegt auch dann vor, wenn er einem Kinde eine bloße Schenkung, einem andern eine bloße Ausstattung, einem dritten Ausstattung und Schenkung gegeben hat. Es ist daher ganz diesem vermutheten Willen gemäß, daß diejenige Schenkung, wodurch er Gleichheit mit den ausgestatteten Kindern herstellen wollte, conferirt wird, während die andere, wodurch er das eine Kind vor dem andern begünstigen wollte, davon ausgeschlossen bleibt.“

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 356.

Präjudiz 2.

In dem Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 15. Juli 1825, in A.-S. Böse c. Herbst, wird gesagt:

. . . . Daß die von dem verstorbenen Vater der Parteien der Klägerin gegebenen 20 Thlr. ein Geschenk gewesen seien, ist in der Klage behauptet, und also von dem Beweise dieses Umstandes nach

L. 20. §. 1 C. de collat.

um so mehr, als in der von dem Verklagten angeführten Nov. 18. c. 6 nur die Rücksicht, ob der Erblasser mit oder ohne Testament verstorben, beseitigt, alles übrige wegen der Collationen früher Verordnete aber ausdrücklich bei Kräften gelassen worden, die Unverbindlichkeit der Klägerin, besagte 20 Thlr. auf ihren Pflichttheil sich anrechnen zu lassen, abhängig. Auch wird es zur Führung dieses Beweises genügen, wenn Klägerin die in der Appellationsinstanz näher angegebene Art und Weise, wie ihr gedachte Summe gegeben sei, darthut, indem nach

L. 34 de negot. gest.
L. 11 C. eod.
L. 50 D. famil. hercisc.

das von den Eltern jure pietatis, oder pietate cogente den Kindern Gegebene als denselben geschenkt anzusehen ist.

Präjudiz 3.

. . . . nach Lage der Verhandlungen angenommen werden muß, daß die Klägerin und ihre Schwestern resp. den väterlichen Hof und die davon kommenden Abfindungen zur Mitgift erhalten und dergestalt zur Collation und sich gegenseitig zur Anrechnung gebracht haben, daß nur der übrig bleibende Nachlaß als die noch zu theilende Erbmasse anzusehen ist, unter diesen Umständen aber auch einfache Schenkungen, welche aus dem väterlichen Vermögen außer der dos auf die eine oder andere Tochter übergegangen sind, zur Collation gebracht werden müssen,

L. 20 §. 1 Cod. de collationib. 6, 20.

Klägerin aber die ihrer verstorbenen Schwester, Ehefrau Kreckenbohm, aus dem väterlichen Vermögen bei Lebzeiten des Vaters außer der dos gegebenen Gelder als Zuwendungen ohne rechtliche Verpflichtung, mithin als Schenkungen, genugsam bezeichnet hat und deshalb der Mitbeklagte Kreckenbohm von der Collationspflicht in Bezug auf diese Zuwendungen nicht angebrachter Maßen, sondern nur unter der Voraussetzung, dann aber auch gänzlich, loszusprechen ist, daß er als Erbe und Vertreter der Miterben seiner verstorbenen Ehefrau den ihm deferirten und von ihm angenommenen Eid über die Unwahrheit der Thatsache selbst ausschwört . . .

Erkannt im 1. Senate des OG. zu Wolfenbüttel am 20. Febr. 1855, in Sachen Ringe c. Warnecke.

XVII.

Streitig ist, ob derjenige, welcher auf seinen Antheil an der collat. dotis u. s. w. verzichtet, der Collation seiner donatio simplex ausweichen könne.

Einige bejahen dies in Uebereinstimmung mit einigen älteren Rechtslehrern, da die donatio simplex an und

für sich der Collation nicht unterworfen sei, sondern nur, wenn eine dos etc. conferirt werde, dieser Fall aber nicht eintrete, wenn der einfach Beschenkte die Collation jener erlasse.

Fein, Collation S. 223.
Holzschuhr, Th. 2. Abth. 1. S. 780.
Lauterbach, diss. de dotis collat.
Brnoner, de collat. cap. 3. Nro. 886.

Andere meinen, jene Ansicht lasse sich nicht erweisen; es müsse daher vielmehr bei dem Grundsatze bleiben, daß nur Ablehnung des Erbrechts die Collationspflicht abwende.

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 26.

XVIII.

Streitig ist, ob Studienkosten der Collationspflicht unterliegen.

Einige verneinen dies, denn sie gehörten, gleich den Alimenten, den Reisegeldeen u. s. w., zu den zum Verzehren und Verausgaben bestimmten Gegenständen, welche nicht zu conferiren seien, weil zur Zeit der Collation nichts mehr vorhanden und auch nicht dolo vel culpa des Beschenkten abhanden gekommen sei; daß der betreffende Sohn durch das Studium sich werthvolle Kenntnisse erworben haben könne, sei aber kein Vermögensobject.

Pfitzer, von der Collation §. 118.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Leyser, sp. 411. m. 2 (183).
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 766.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 25.

Andere meinen, es sei dem Erblasser z. B. erlaubt, anzuordnen, daß die Studienkosten bei der künftigen Erbfolge angerechnet werden sollten, obgleich er sie zu leisten verpflichtet gewesen, sofern er einmal dem Sohne diese Erziehung bestimmt habe; denn so sei ja die dos schon ein gesetzlicher Collationsgegenstand, obgleich eine Dotationspflicht bestehe.

Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 412.

Vergl.

Fein, Collation S. 257 u. S. 410.
Francke, civil. Abh. S. 177.

Andere meinen, die Studienkosten müßten aus dem Gesichtspunkte von Alimenten aufgefaßt werden. Insofern der Ascendent pflichtschuldig geleistet habe, könne nie von Collation die Rede sein. Sei er in der Anweisung der Studienkosten über seine Schuldigkeit hinausgegangen, so falle der Ueberschuß unter den Gesichtspunkt einer donatio simplex. Auch lasse sich denken, daß sie credendi causa gegeben seien, und müßten sie dann als Schuld an die Erbschaft herausgezahlt, nicht aber im wahren Sinne conferirt werden. Der animus credendi lasse sich jedoch nicht vermuthen.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 842.

Andere meinen, daß der Descendent bei Anordnung der Collation der Studienkosten wenigstens das Recht habe, die nothwendigen Alimente abzuziehen, d. h. diejenigen, welche ihm der Ascendent, ganz abgesehen vom Studiren, hätte verabreichen müssen.

Hahn ad Wesembecium tit. de collat. Nro. 3.
Struv, syntagma jur. exerc. 37. th. 30.
Lyneker, resolut. 596.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 51. not. 8.
Stryk, usus mod. de collat. §. 7 u. success. ab intest. diss. 9. cap. 3. §. 8.
Beck, tract. de collat. bon. cap. 4. §. 44 u. 46.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1613.

Siehe hiergegen

Fein, Collation S. 410.

Präjudiz 1.

Zuschüsse, welche der Vater seinem Sohne zu den Studienkosten leistet, haben die Natur von Civilalimenten; sie können daher auf das dem Sohne eigene Capitalvermögen nicht abgerechnet werden und sind bei der Erbtheilung nicht mit zu conferiren, es müßte denn der Vater bei Leistung der Zuschüsse sofort ein Anderes bestimmt haben.

Erk. des OAG. zu Celle vom J. 1847, in S. Wüstefeld c. Wüstefeld.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 190. sub 3.

Präjudiz 2.

Dasjenige, was zum Unterricht in einer Wissenschaft oder Kunst für die Kinder verwendet worden, ist der Regel nach der Collation nicht unterworfen. Dies gilt auch von dem Kostenaufwand, welchen die Erlernung der Handlung von Seiten eines Kindes erfordert. Kosten aber, die durch eine dabei geführte verschwenderische Lebensart veranlaßt sind, müssen bei Vertheilung der Erbschaft in Anschlag gebracht werden.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 27. Juni 1827.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 67.

XIX.

Streitig ist, ob die Promotionskosten zu conferiren sein.

Einige setzen sie den Studienkosten gleich, und meinen, sie seien nicht zu conferiren.

Cocceji, jur. civil. contr. lib. 37. tit. 6. qu. 3.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1613
Uhl, de sumtibus filio a patre ad dignitatem doctoralem conseq suppeditatis, non conferendis.

Andere unterwerfen sie der Collationspflicht.

Dabelow, röm. P.-R. §. 1131.
v. Buchholtz, Versuche S. 75.

Vergl.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 842 und 843.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 25.
Thibaut, System §. 884. Not. d.

XX.

Streitig ist, ob Gelder, welche zur Befreiung vom Militärstande gegeben sind, der Collation unterworfen seien.

Einige verneinen dies allgemein, weil ja das zum peculium militare Gegebene collationsfrei sei. L. 1. §. 15 D. 37. 6. L. 21 C. 6, 20. L. 17 C. 8, 51.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512
Pfitzer, Collation §. 171.

Andere setzen dabei voraus, daß das für den Ersatzmann zu entrichtende Einstandscapital sich nicht so hoch beläuft, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder dadurch verletzt werde.

Buchholtz, Versuche S. 66.

Andere meinen, die Militär-Einstandsgelder seien, wenn der Erblasser es nicht ausdrücklich befohlen habe, oder andere Descendenten eine dos oder donat. propter nupt. zu conferiren haben, der Collation nicht unterworfen. Es sei nämlich bei Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder der animus donandi zu präsumiren, L. 1 C. 2, 19, und treten deshalb die Grundsätze der donatio simplex ein.

Holzschuher, Th. 3. S. 223.

Präjudiz 1.

Wenn ein Landwirth eine Summe Geldes ausgibt, um seinen Sohn von der Militärpflicht zu befreien, resp. ihm einen Ersatzmann zu stellen, so ist die Annahme, der Vater habe durch die Loskaufung des Sohnes sein eigenes und seiner Familie Bestes befördern wollen, der Natur einer Bauernwirthschaft gemäß. Die Merkmale einer dem Sohne gemachten Schenkung sind hier nicht gegeben; es liegt kein eine Vermögensvermehrung für den Sohn bewirkender Vortheil vor. Zufolge dieser Erwägungen kann, abgesehen von besonderen Umständen, resp. väterlichen Verfügungen, dem losgekauften Sohne seiner Zeit nicht zugemuthet werden, sich die Loskaufssumme in der Erbtheilung mit seinen Geschwistern aufrechnen zu lassen.

Erk. des OHG. zu Mannheim vom 23. Oct. 1829.

Uebereinstimmend ein in Anwendung des gemeinen Rechts am 11. Nov. 1845 ergangenes Erk. des OAG. zu München.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 357.

Präjudiz 2.

In der Auseinandersetzung der väterlichen Verlassenschaft wurde den Söhnen die Collation von 600 Thlrn. angesonnen, welche der Vater zu deren Befreiung vom Militär ausgelegt hatte. Diesem Ansinnen wurde nicht stattgegeben.

Gründe: Eine Collation findet nur bei den Gegenständen statt, bei welchen die Gesetze solches ausdrücklich verordnen*).

C. 20. §. 1 de collat. 6, 20.

Bei Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder ist der animus donandi zu präsumiren.

C. 1 de neg. gest. 2, 19.

Reine Schenkungen werden nicht conferirt, wenn nicht andere Descendenten eine dos oder donatio propter nuptias zu conferiren haben.

C. 10. §. 1 de collat. 6, 20.

Dem allem zufolge kann eine Collation der fraglichen Stellvertretungsgelder nicht verlangt werden.

Pfitzer, über Collat. der Descendenten §. 171.
Wening-Ingenheim, Civilrecht Buch 5. §. 183.

Allerdings würde sich die Sache anders verhalten, wenn der Erblasser die Collation alsbald und ausdrücklich angeordnet,

Nov. 18. cap. 6.

oder die Klägerin ihre Mitgabe zu conferiren hätte. Allein das herüber gemachte Anführen ist verspätet . . .

Erk. des OAG. zu Jena vom 14. Dec. 1837.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 80.

*) Vgl. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 406.

Präjudiz 3.

Bei Vätern und Müttern, wenn auch letztere natürliche Vormünderinnen ihrer Kinder sind, greift die Unterstellung, daß sie das Militärstellvertretungsgeschäft nur im Interesse der Söhne und in der Absicht, diese dadurch zu verpflichten, abgeschlossen haben, — nicht ohne weiteres Platz. Denn die bei den Eltern vorauszusetzende Zuneigung zu ihren Söhnen, die den Eltern obliegende Pflicht, für den Unterricht und die Ausbildung der letzteren zu einem gewissen Berufe zu sorgen und die derselben entgegenstehenden Hindernisse zu entfernen, so wie auch das oft bei den Eltern obwaltende eigene Interesse, sich bei ihrem Geschäfte oder Gewerbe die Unterstützung durch ihre Söhne ohne Unterbrechung zu erhalten, können eben so viele Gründe für jene abgeben, eine Stellvertretung bei dem Militärdienste für ihre Söhne zu bewirken, ohne daß ihnen hierbei die Absicht beizumessen steht, durch die zu dem Ende von ihnen eingegangenen Verträge die Söhne selbst zu verpflichten. Hiernach würde es besonderer thatsächlicher Gründe bedürfen, um die Söhne durch solche, oft selbst ohne deren Zustimmung, von ihren Vätern oder Müttern für sie, d. h. um sie von dem persönlichen Militärdienste zu befreien, eingegangene Verträge als für ihre Person verpflichtet ansehen zu können.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 23. Dec. 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 313.

XXI.

Streitig ist, ob die dos, welche nicht der Vater, sondern ein Dritter zugewandt hat, zu conferiren sei.

Einige meinen, die von einem Dritten herrührende dos müsse conferirt werden; im älteren römischen Rechte nämlich sei die Collation nicht bloß auf die von dem Erblasser herrührende, sondern auf jede dos erfolgt, L. 17 C. de collat. 6, 20. Dies sei zwar jetzt nicht mehr der Fall; aber die dos, welche ein Dritter der Descendentin um des Erblassers willen zugewandt habe, müsse dennoch auch jetzt noch conferirt werden, sofern sie vom Dritten statt des Ascendenten und Erblassers, der sie zu geben verpflichtet gewesen, gegeben sei, weil sie alsdann eine mittelbare Schenkung an dessen Descendenten gewesen. L. 5. §. 2 D. de jure dotium 23, 3. L. 6 D. de collat. 37, 6. Sofern der Dritte sie aber nicht auf solche Weise gab, sie also nicht als a patre profecta angesehen werden könne, brauche eine solche dos auch nicht conferirt zu werden. Gegebene und versprochene dos seien übrigens einander gleich. L. 1. §. 1 D. de dotis coll. 37, 7.

Schweppe, röm. P.-R. §. 864.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 838.

Andere meinen, im Zweifel sei anzunehmen, daß die Kinder und nicht die Eltern die Veranlassung einer von einem Dritten gegen die Ersteren ausgeübten Freigebigkeit seien. Denn nach L. 5. §. 2 D. de jure dot. müsse eine völlige Entschiedenheit bestehen, daß etwas bloß in Rücksicht der Eltern gegeben sei, weil sich diese Behauptung mit dem Princip des neuern Rechts, wonach die Collationspflicht der Descendenten in der Hauptsache dadurch begründet werde, daß sie etwas erworben haben, was durch diese Erbschaft dem Vermögen des Erblassers und also der Erbschaft entzogen werde, sonst nicht vereinigen lasse. — Es könnte nämlich durch diese Dotation dem Vermögen des Vaters nichts entzogen werden, weil nichts in dasselbe geflossen sei, es sei aber nichts in dasselbe geflossen, wenn es vermöge des der Gabe beigefügten modus ihm ursprünglich nicht verbleiben sollte.

Lauterbach, de datis coll. in diss. acad. T. 2. Nro. 77. §. 45.
Puchta, Lehrb. §. 513. Not. b.
v. Vangerow, Pand. §. 516. S. 400.

XXII.

Streitig ist, ob Vermächtnisse conferirt werden müssen.

Einige meinen, Justinian rechne Alles zu den Conferenden, was in die Berechnung des Pflichttheils komme; daher sei die Collation der Vermächtnisse zweifellos, L. 20 pr. C. de collat. Dagegen könne auch nicht erinnert werden, daß nach der voluntas des Erblassers die Collation der Legate ausgeschlossen sei; denn die Legate seien meistens nicht als praecipua, sondern zum Zweck einer dem Testator beliebigen Vertheilung des Nachlasses gegeben.

Schweppe, röm. P.-R. §. 864.
Walett, Lehrb. §. 1080 a. E.

Andere stimmen diesem bei, machen jedoch die Ausnahme, wenn aus der Erklärung oder Beschaffenheit des Gegenstandes, oder anderen Verhältnissen die Ab-

sicht des Testirers klar sei, mit denselben das bedachte Kind ausschließend zu begünstigen.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.

Andere meinen, Justinian habe die in der L. 20 C. cit. erwähnten Zuwendungen nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezogen (cf. auch L. 10. L. 16 C. eod.), und seien deshalb Legate unter keinen Umständen zu conferiren.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 12.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 774.
v. Vangerow, Pand. §. 516. Not. 3.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 828 u. 839.

XXIII.

Streitig ist, ob donationes mortis causa zu conferiren seien.

Einige bejahen dies, denn die donat. mort. caus. seien immer Schenkungen, sie seien nirgends allgemein den Legaten gleichgestellt worden, und ihre Widerruflichkeit gebe keinen Grund, die Bestimmungen der L. 20. §. 1 C. de coll. nicht auf sie anzuwenden.

Fein, Collation S. 226.
Roßhirt, Intestaterbrecht S. 440.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 839.

Andere meinen, die Natur und das Wesen der donat. mort. caus. sei einer Collationsverbindlichkeit ebenso entgegen, wie bei Legaten, welchen sie auch in L. ult. C. 8, 57 gleichgestellt sei.

Pfitzer, v. d. Collation §. 181.
Mackeldey, Institut. §. 696. Not. e.
Stryk, succ. ab int. diss. 2. c. 4. §. 13.
Heineccii elem. lib. 37. tit. 6. §. 18. Nro. 4.
Petersen, de coll. §. 47.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 12.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 775.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not 26.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1656.
Malblanc, princ. §. 778.

XXIV.

Der Erblasser kann durch seinen Willen die Collation ausschließen, auch wo sie sonst der Regel nach stattfände, sowohl bei der Intestaterbfolge, als bei der testamentarischen. Streitig ist aber, ob dieser Wille ausdrücklich erklärt sein müsse.

Einige verneinen dies; denn die Worte der Nov. 18 cap. 6: omnino esse collationes . . nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem etc. hätten nur aufheben wollen, was bisher Rechtens gewesen: si testati nihil dicentes de eis (morerentur parentes), locum non fieri collationibus; es solle jetzt vielmehr umgekehrt eine Aeußerung des Testators erfordert werden, um die Collation auszuschließen, da es sonst ungewiß sei, ob er nicht bloß aus Vergessenheit und unabsichtlich derselben nicht erwähnt habe. Verfügungen daher, welche durch ihren Inhalt diese Ungewißheit beseitigen, müßten die Collation ausschließen, wenn sie dieses auch nicht in dürren Worten aussprächen.

Faber in Cod. de collat. def. 2.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 25.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 37.
Pfitzer, über Collation §. 174.
v. Haetitzsch, Entscheid. Nr. 88.
Mayer, Erbrecht §. 128. Not. 1.
Thibaut, System §. 884.
Braun, Dictate zu §. 733.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 16.
Dabelow im civ. Archiv Bd. 2. S. 67 f.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 832.
Fein, die Collation S. 396.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 13.

Andere meinen, der Wille des Erblassers müsse mit ausdrücklichen Worten erklärt sein, wegen der Vorschrift in Nov. 18. c. 6: nisi expressim designaverit.

Hufeland, Lehrb. des gem. Civilr. §. 1235.
Hunger, Erbrecht §. 159.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 479.
und die bei Fein, Collation S. 396. Not. 11. allegirten Aelteren.

Vergl.

Gottschalk, disc. for. T. 1. p. 406.

Präjudiz 1.

Ungeachtet der Worte der Nov. 18. cap. 6: nisi expresse disposuerit ist die gestellte Frage dahin zu beantworten, daß die Collationsverbindlichkeit hinwegfalle, sobald nur des Testators Wille, sie solle hinwegfallen, irgendwie in unzweideutiger Form vorliege. „Dieser Meinung den Vorzug zu geben, findet man sich bestimmt, sobald man das Motiv erwägt, aus dem die im angeführten Cap. 6 enthaltene Vorschrift hervorgegangen ist. Dem Gesetzgeber war nicht entgangen, man stehe in Gefahr, dem Willen des Erblassers entgegen zu handeln, schlösse man die Collation bloß um deswillen aus, weil der Erblasser nicht verordnet, ob conferirt werden solle oder nicht, indem eine solche Verordnung zu treffen der Erblasser könne verabsäumt haben, oblitos eorum, quae data sunt, aber perturbatione mortis pressus. Dieser Gefahr wollte Justinian vorbeugen, und es ist ihr vorgebeugt durch die geforderte expressa dispositio. Offenbar würde man aber nicht im Sinne Justinian's verfahren, sondern seine Sorgfalt für Wahrnehmung der Willensmeinung des Erblassers würde zu augenscheinlicher Verletzung dieser Willensmeinung führen, wenn man wegen ermangelnden wörtlichen Verbotes der Collation auch da für die Collationsverbindlichkeit entschiede, wo es einer expressa dispositio, einer auf Erlaß derselben ausdrücklich gerichteten Erklärung nicht bedarf, um gewiß sein zu können, des Erblassers Wille sei es gewesen, es solle nicht conferirt werden."

Erk. des OAG. zu Dresden vom 31. Dec. 1844, in S. Metznerin u. Cons. c. Rebentischin u. Brückner.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. 5. Bd. S. 469.

XXV.

Streitig ist, ob der Wille des Erblassers, daß eine collationspflichtige Gabe der Collation nicht unterworfen sein solle, an bestimmte Formen gebunden sei.

Einige meinen, nachdem Justinian für letztwillige Verfügungen der Eltern eine gewisse Form (Nov. 107 vergl. mit L. 21. §. 1 C. de test. 6, 23) vorgeschrieben habe, so sei die Beobachtung wenigstens dieser privilegirten Form nothwendig, um die Collation auszuschließen, weil dies als Prälegat zu betrachten sei, und jedenfalls eine letztwillige Verfügung enthalte.

Francke, Abhandl. S. 247. Not. 84.
Schweppe, röm. P.-R. §. 865. S. 227.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 128. Not. 1.

Andere meinen, jeder formlos, also auch der außer einem Testament irgendwie erklärte Wille, namentlich auch bei eingetretener Intestaterbfolge genüge; dies zeige das Wort designare in Nov. 18. c. 6 in seiner Beziehung auf Collation auch im Falle der Intestaterbfolge.

Göschen, Vorles. §. 969. S. 470.
Pfitzer, die Collation §. 182.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 833.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 12.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 767.
Fein, die Collation S. 395 und die dort Anmerk. 1 zu A Gen.

Präjudiz 1.

In einem Rechtsstreite war der Klägerin über das von ihrer Mutter in die Ehe mit dem Vater Eingebrachte Beweis auferlegt worden. Behufs Führung desselben hatte sich Klägerin auf Aufzeichnungen des Vaters ihrer Mutter berufen, nach welchen letztere bei Vertheilung des großelterlichen Nachlasses — fl. zu conferiren gehabt hätte. In Würdigung der Beweiskraft dieser Aufzeichnungen im Allgemeinen bemerken nun die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

„Einestheils ist es eine ganz unbegründete Behauptung der Beklagten, daß solche Annotationen der Eltern, um irgend auf Beweiskraft Anspruch zu haben, eidlich bestärkt sein müßten; anderntheils wird bekanntlich in derartigen Aufzeichnungen über die conferenda der Kinder ein Hauptbeweismittel gefunden, weil sich nicht füglich annehmen läßt, daß die Eltern durch falsche Angaben über Vorempfänge das betheiligte Kind für die dereinstige Erbtheilung nachtheiliger zu stellen und den andern indirect einen Vortheil zuzuwenden gesucht haben sollten."

Gleichwohl wurde im gegebenen Falle angenommen, daß „ein mehr als halber oder auch nur ein halber directer Beweis" über das von der Mutter der Klägerin ihrem Manne zugebrachte Vermögen nicht gewonnen sei, und lediglich mit Rücksicht darauf, daß das Frankfurter Recht — Reform. Th. 1. Tit. 39. §. 7 — die Auflage eines suppletorii schon dann gestattet, wenn nur dem „sonst für glaubwürdig und aufrichtig gehaltenen" Beweisführer „gar starke Vermuthungen oder andere glaubwürdige Anzeigen" zur Seite stehen, Klägerin zur Leistung des Erfüllungseides zugelassen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30. Jan. 1831.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 272.

Präjudiz 2.

Da das von dem weil. Kothsassen Römberg errichtete Testament als öffentliches zwar beweiset, daß der Testirer die darin enthaltenen Thatsachen zum gerichtlichen Protocolle erklärt habe; für die Klägerin jedoch, in Ermangelung eines dazu geeigneten besonderen Grundes, solche Erklärungen, selbst wenn sie als sogenannte Annotationen der Eltern betrachtet werden könnten, keineswegs rechtsverbindlich erscheinen,

Thibaut, System §. 1175—1177.
v. Bülow, Abhandl. Th. 1. S. 205.

auch testamentarische Verordnungen, wodurch die in den Gesetzen bestimmte Verpflichtung zur Collation oder zur Einrechnung des Empfangenen in den Pflichttheil beschränkt oder erweitert wird, in Bezug auf die Ermittelung des letzten für die Berechtigten ohne Wirkung sind,

so wird 2c.

Besch. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 14. Febr. 1843, in S. Römberg c. Römberg.

XXVI.

Ist Jemand, ohne Anweisung auf bestimmte Sachen, auf den Pflichttheil eingesetzt, so muß er die collationspflichtigen Gegenstände sich auf den Pflichttheil einrechnen lassen. Vergl. jedoch das in der Note angeführte Präjudiz *).

Streitig ist aber, ob er, wenn er durch Einrechnung dieser Gegenstände mehr als den Pflichttheil erhält, wenigstens den Ueberschuß zu conferiren habe.

Einige verneinen dies.

Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 8.
Fein, die Collation S. 385.

Andere bejahen die Frage, weil der Pflichttheilsberechtigte successor universalis, und deshalb nach dem allgemeinen Wortlaut der Nov. der Collation unterworfen sei.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 834.
Lauterbach, diss. de dotis collat. §. 20. Nro. 4.
Beck, de collat. bon. cap. 2. §. 42.
Malblanc, princ. jur. §. 777. not. b.

Vergl. über verschiedene, jedoch in der Praxis nicht angenommene Ansichten

Pfitzer, die Collation §. 81. 82. 95.
Bluntschli, Entwickl. der Erbf. gegen letzten Will. S. 167.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 276.

---

*) Die Höhe des Pflichttheils ist gesetzlicher Bestimmung zufolge nach dem Stande, welchen das Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes gehabt hat, zu berechnen.

C. 6 de inoff. testam. 3, 28.
Arg. fr. 8. §. 11 eod. 5, 2.
Bluntschli, Entwickl. der Erbf. gegen den letzten Willen S. 167.
Glück, Comment. Bd. 35. S. 276 f.

Dafür spricht auch theils die Analogie der quarta Falcidia, welcher der Pflichttheil im römischen Rechte seine Entstehung verdankt,

C. 31 de inoff. testam.
Nov. 92 praefat.

da auch diese Quart bekanntlich in gleicher Weise zu berechnen ist,

Fr. 56 pr., fr. 73 pr. ad leg. Falc. 35, 2.

theils der Begriff des Pflichttheils als desjenigen Theils der Erbschaft, welchen der Berechtigte ab intestato erhalten haben würde. Es folgt hieraus ohne weiteres, daß dasjenige, was durch Dispositionen unter den Lebendigen bereits bei Lebzeiten des Erblassers dessen Vermögen entzogen worden ist, an sich bei Berechnung des Pflichttheils nicht mit in Anschlag gebracht werden kann, da sonst der Pflichttheil seinem Begriffe zuwider von dem Vermögen eines Lebendigen berechnet werden würde. Die Frage, inwieweit derartige Zuwendungen unter Lebenden von den Descendenten des Erblassers zur Ausgleichung ihrer Erbtheile gegenseitig zu conferiren sind, steht mit der Berechtigung zum Pflichttheil und mit der Berechnung desselben an und für sich keineswegs in Verbindung.

Pfitzer, über die Collat. der Descend. §. 82.

Nur in Bezug auf inofficiöse Schenkungen ist auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung,

Nov. 92. cap. 1.
Glück, Comment. Bd. 7. S. 96 f.,

eine Ausnahme von diesem Princip zu statuiren; derartige Ausnahmen von einem so gesetzlich begründeten, als in der Natur der Sache liegenden Rechtssatze dürfen ohne gesetzlichen Anhalt nicht extendirt werden . . .

Erk. des AG. zu Leipzig, verk. im Juni 1849, bestätigt durch Erk. des OAG. zu Dresden vom Ende 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 68.

Präjudiz 1.

In den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt hierüber vor:

Der Pflichttheil ist eine Quote des Intestaterbtheils. Wenn Kinder des Erblassers, welche nichts, was der Collation unterliegt, voraus erhalten haben, mit andern Kindern, denen der Erblasser dergleichen Gaben bei seinem Leben hat zugehen lassen, als Erben concurriren, so sind diese Collationsposten auf Verlangen derer, die nichts empfingen, in Anschlag zu bringen. Da ferner nach der Verordnung Justinian's in Nov. 18. c. 6 auch bei der testamentarischen Erbfolge ebenso wie bei der Intestaterbfolge die Collation stattfinden soll, dafern nicht der Testator seinen Willen, daß dies nicht geschehe, deutlich zu erkennen gegeben hat, so ist dann, wenn der Erblasser eines seiner Kinder mit der Beschränkung auf den Pflichttheil zum Erben eingesetzt und den übrigen zu Miterben eingesetzten Kindern

die Collation nicht erlassen hat, das auf den Pflichttheil gesetzte Kind berechtigt, zu verlangen, daß bei der Berechnung des in einer Quote des Intestaterbtheils bestehenden Pflichttheils auf die von dem Erblasser an andere zu Miterben eingesetzte Kinder bei Lebzeiten geschehenen und der Collation unterworfenen Zuwendungen Rücksicht genommen werde.

Hieraus folgt jedoch nicht, daß ein gleiches Recht, auf die Collation anzutragen, dem Kinde zustehe, welches nicht mit dem Pflichttheil als einer Quote, sondern mit einer pars quanta oder res certa zum Erben eingesetzt ist, indem der Erblasser eben durch eine solche Verordnung seinen Willen dabei ausgesprochen hat, es solle hinsichtlich dieses Erben zu gar keiner Erörterung eines auf Berechnung beruhenden Erbtheils kommen, mithin demselben ein Antrag auf Collation gegen seine Geschwister nicht zustehen. Das Verbot des Collations-Verlangens oder der Erlaß der Collations-Verbindlichkeit kann für sich allein niemals zu einer Beschwerde darüber, daß dadurch der zur Forderung des Pflichttheils Berechtigte in diesem Rechte verkürzt werde, Anlaß geben. Justinian hat in der angeführten Novelle unbeschränkt jeden Testator für berechtigt dazu erklärt, die Collation bei der testamentarischen Erbschaft dadurch, daß er seinen Willen zu erkennen gibt, sie solle nicht eintreten (se velle, non fieri collationem, vel habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure testamenti), gänzlich auszuschließen.

Nur dann stellt sich der Erlaß oder das Verbot der Collation als eine Pflichttheilsverletzung dar, wenn die der Collation unterworfenen Gaben so groß waren, daß dadurch eine solche Verringerung des Vermögens des Erblassers eintrat, in deren Folge das, was dem Pflichttheilsberechtigten im Testamente beschieden ist, den mit Rücksicht auf das Vermögen des Erblassers zu der Zeit unmittelbar vor den an andere Descendenten geschehenen Zuwendungen zu berechnenden Pflichttheil nicht mehr deckt, Nov. 92. c. 1. Solchen Falls steht dem Pflichttheilsberechtigten zwar nicht der Antrag auf gänzliche Rescission der Vorausgabe, doch nach

Nov. 92. cap. 1.
Const. 30 pr., C. 35. §. 2, C. 36 de inoff. test. 3, 28.
Nov. 115. c. 5 pr.

das Recht zu, die Ergänzung des ihm gebührenden Pflichttheils von den Empfängern der Gaben, durch welche der Pflichttheil, wie er vor solchen war, geschmälert wurde, mittels einer sogen. suppletorischen, auf dem Gesetze beruhenden Klage — actio ex lege 30 C. de inoff. test. — zu verlangen und somit insoweit zugleich das im Testament enthaltene Verbot der Collation anzufechten.

Glück, Pand.-Comm. Bd. 7. S. 146. 158 f. 181 f. und Mühlenbruch in der Fortf. dies. Comm. Bd. 36. S. 24. 29. 73. 97. 130 f.
Erk. des OAG. zu Dresden v. 28. Nov. 1854. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 14. Hft. 2. S. 152.

XXVII.

Streitig ist, ob in einem Falle, wo der Erblasser für einige Kinder die Collationspflicht angeordnet, solches aber bei andern unterlassen hat, die letztern zur Collation verbunden seien.

Einige meinen, wenn der Erblasser in seinem Testamente bestimmt habe, was die Kinder einwerfen sollen, so müsse es dabei bleiben, auch wenn eins der Kinder noch Mehreres, was nach den Gesetzen der Collationspflicht unterworfen war, bekommen hätte.

Höpfner, Institut. §. 710.
Struben, rechtl. Bed. 2. S. 360.
Leyser, sp. 413. med. 6 u. 7.

Wenn er aber bei Einem Kinde das Conferendum bestimmt, bei den übrigen aber, welche doch auch in einem gesetzlichen Collationsfalle sich befinden, nichts davon gesagt habe, so müsse nach Nov. 18. c. 6 ein Vergessen als muthmaßlich angenommen werden, und die Regel bestehen, daß bloßes Schweigen die gesetzliche Collationspflicht nicht ausschließe.

Püttmann, advers. jur. univ. p. 86.
Leyser, sp. 413. med. 4.

Andere meinen, dergleichen Anordnungen würden den Charakter einer gewöhnlichen letztwilligen Bestimmung und Auflage bezüglich der Größe des Erbtheils an sich tragen.

Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 14.

XXVIII.

Streitig ist, ob eine Uebereinkunft giltig sei, durch welche künftige Miterben einem Collationspflichtigen schon bei Lebzeiten des Erblassers die Collationspflicht erlassen.

Einige meinen, ein solches Rechtsgeschäft sei nach L. ult. C. de pact. 2, 3. L. 3 C. de coll. L. 15 C. de pact. 2, 3 ein pactum de hereditate viventis, mithin nach römischem Recht unzulässig.

Vinnius, de collat. cap. 17. Nro. 6.
Voet, Comm. ad P. 37. 6. Nro. 28.
Malblanc, princ. jur. §. 778.

Andere meinen, nicht nur nach deutschem, sondern auch nach römischem Rechte sei ein solcher Vertrag erlaubt, da das Object, worüber der Vertrag abgeschlossen werde, noch im Vermögen des Erblassers sich befinde, und nicht zu dem des Ascendenten gehöre, folglich kein pactum über den Nachlaß eines Dritten enthalte.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1666. Nro. 6.
Heidelberger Jahrb. 1808. S. 118.
Schweppe, röm. P.-R. §. 863.
Petersen, de collat. bon. §. 51. Nro. 4.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 844.

Andere halten das Geschäft für einen eventuellen Nachlaßvertrag, und deshalb auch nach römischem Recht giltig.

Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 35.
Pfitzer, Collation §. 187.
Reinhard, Einwerfung §. 335.

Vergl. auch
Fein, Collation S. 303.

XXIX.

Streitig ist, nach welchem Zeitpunkte der Werth der Conferenden zu bestimmen sei, wenn nicht die Sachen in natura conferirt werden.

Einige meinen, der Werth sei zu bestimmen nach der Zeit des Todes des Erblassers, denn danach werde auch der Werth der wiederverkäuflichen militia bestimmt und der Pflichttheil berechnet, L. 20 pr. C. de collat. 6, 20.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1664.
Seuffert, Lehrb. §. 589.
Thibaut, System §. 886.
Schweppe, röm. P.-R. §. 865.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Voet, Comm. ad P. 37. 6. §. 6.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 721.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 970. Not. 3.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 231. Nr. 1.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 9. Nr. 464.

Andere meinen, der Werth komme in Anschlag, den das conferendum zur Zeit der Erbtheilung habe. Die L. 20 cit. sei durch Vergleichung der L. 30. §. 2 C.

de inoff. test. zu interpretiren; danach sei nicht die militia selbst, sondern nur ea, quae occasione militiae lucrari potest, in den Pflichttheil einzurechnen oder zu conferiren. Dafür könnte man den Preis ansehen, welcher durch Verkauf der militia zu erlangen sei. Aber dieser sei ja ungewiß; er könnte nur durch den Versuch des Verkaufs erfahren werden, der militans aber solle nicht zum Verkauf gezwungen werden. Dagegen gebe es einen andern feststehenden Maßstab des Werthes; er habe in derjenigen Geldsumme bestanden, welcher nach dem Tode des militans von dem Nachfolger an die Erben desselben gezahlt werden mußte, L. 30. §. 2 C. cit., vergl. L. 27 C. de pignor. 8, 14. L. 7. §. 11 C. de proximis sacror. 12, 19. Nov. 53. c. 5, und diese Summe wäre bei einigen militiae auch der höchste erlaubte Kaufpreis, Nov. 35. — Justinian bestimme nun in L. 30. §. 2 cit. ausdrücklich, daß *diese* Summe in den Pflichttheil eingerechnet werden solle, und zwar verordne er, weil es möglich wäre, daß der militans nach dem Tode erst einen höheren Grad erlangte, noch genauer dieses: ita tamen, ut ille gradus ejusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet; ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecunia testatoria adeptus est. Diese fixirte Summe also sei das lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, das daher nach L. 20 pr. auch conferirt werden müsse. Diese Bestimmung sei auch vollkommen consequent; denn wenn der Erblasser selbst die militia inne gehabt hätte, so würden ja seine Erben eben diese Summe erhalten haben. Von einer späteren Erhöhung derselben könne keine Rede sein. Hiernach sei es klar, daß man diesen Fall nicht vergleichen könne mit solchem, wo der Werth der Collationsgegenstände selbst gestiegen sei, sei es durch Accession, sei es durch Steigerung des Preises. — Außerdem spreche die Natur der Sache entschieden für die Annahme, daß der Werth der Conferenden nach der Zeit der Erbtheilung zu berechnen sei. Gehörten die Conferenden zur Erbschaft, so würden sie, gleich anderen Erbschaftsobjecten, zur Theilung kommen, und wenn sie *einem* Miterben allein überwiesen würden, so würde die Vergütung, welche dafür dem Andern zu leisten wäre, nur nach dem gegenwärtigen Werthe sich bestimmen. Die Collation habe aber offenbar den Zweck, denselben Erfolg zu erzielen, als wenn jenes der Fall wäre, und nur so werde die beabsichtigte Gleichstellung der Erben erreicht. Auch sei es ja anerkannt, daß eine zufällige Verschlechterung der Sache seit dem Todesfalle dem Conferenten nicht zur Last falle. — Die Werthsvermehrung oder Verminderung des Conferendums bei der Naturalcollation bis zur Erbtheilung komme daher nothwendig auf Rechnung sämmtlicher Collationsintereffenten; wenn also die Collation durch Berechnung geschehen solle, so müsse, dem analog, der Werth zu demselben Zeitpunkte veranschlagt werden, denn dieser sei nur eine Fiction der Naturalcollation.

Pfitzer, von der Collation §. 202—208.
Reinhard, Lehre von der Einwerfung §. 279.
Fein, die Collation S. 305 und die Not. 239 gen. ältern Schriftst.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 29.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 846.

XXX.

Streitig ist, ob die Sache selbst eingeworfen werden muß oder nur deren Werth.

Einige meinen, es sei der Wahl des Conferenten überlassen, ob er die Sache in natura einwerfen oder nur deren Werth vergüten wolle. Nach römischem Recht geschehe nämlich die Collation entweder durch cautio, d. h. das Versprechen, das conferendum zu theilen, oder re, d. h. durch die wirkliche Theilung selbst, und diese sei wieder möglich durch Collation in natura, oder durch Einlieferung des Werthes, oder durch bloße Berechnung bei der gesammten Erbtheilung. Die Naturalcollation sei allerdings die regelmäßige oder ausschließliche des ältern römischen Rechts; die durch Anrechnung sei in Nov. 97. c. 6 zugelassen. cf. L. 1. §. 12 D. L. 5 C. de collat.

Voet ad P. 37. 6. §. 9.
Thibaut, System §. 886.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Göschen, Vorles. §. 970.
Fein, die Collation S. 93 ff. und S. 298.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 34.
Mevius, dec. P. I. dec. 86.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 9. Nr. 463.
Schweppe, röm. P.-R. §. 866.

Andere meinen, die Sache selbst *müsse* eingeworfen werden. Man beruft sich auf L. 1 pr. L. 3. §. 3 D. L. 11 C. de collat., so wie auf den allgemeinen Grundsatz, daß wer eine Sache schulde, durch Erstattung des Werths wider Willen des Gläubigers, von Rückgabe der Sache nicht befreit werde. L. 2. §. 1 D. de reb. cred. L. 16 C. de solut.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 21.
Lauterbach, de dot. collat. §. 52.
Pfitzer, die Collation §. 193—202.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1664 sq.

Andere meinen, unbedingt lasse sich nicht behaupten, daß die *Art* der Vergütung der Willkür des Conferenten überlassen wäre. Höchstens könne man zugeben, daß derselbe nach Belieben den *Werth* in baarem Gelde vergüten könne. Die bejahende Meinung könne man nicht auf L. 1. §. 12 D. de coll. stützen, wie gewöhnlich geschehe. Man müßte es dann der Wahl des Conferenten überlassen, ob er durch Delegation eines Schuldners, durch Hingabe eines Grundstücks oder einer andern Sache u. s. w. den Werth des Collationsgegenstandes vergüten wolle. Diese Stelle beweise auch schon deshalb nichts, weil alle dort erwähnten Handlungen die Zustimmung des Andern wesentlich voraussetzten, und dieselbe also nichts Anderes sage, als emancipatum satis contulisse videri, wenn auf solche Weise die Miterben befriedigt werden, nicht aber andeute, daß die Miterben sich dies gefallen lassen müßten. Noch weniger beweise die L. 5 C. cit. für die bejahende Behauptung; sie spreche nur aus, daß die Frau also sich nicht dürfe beigehen lassen, die dos vor der Zeit vom Manne zurückfordern zu wollen, weil sie dieselbe ihren Brüdern conferiren müsse; und deute dabei an, daß die Collation

sich schon bewerkstelligen lasse, wenn gleich die Collationspflichtige vorläufig selbst noch nicht der dos habhaft werden könne. Sie setze auch gar nicht einmal die Nothwendigkeit einer Werthberechnung voraus; denn ihre Entscheidung passe eben so gut für den Fall, wenn die ganze dos nur in einer Summe Geldes besteht, wie jeden anderen. Man finde in den Quellen überhaupt gar keine Entscheidung. Nach der Natur der Sache aber müsse man behaupten, daß, wenn die Parteien sich nicht in Güte über die Art und Weise der Collation vereinigen, der judex familiae herciscundae nach seinem arbitrium eine den Verhältnissen angemessene Anordnung zu treffen habe; und dabei werde es allerdings der Billigkeit gemäß sein, dem Conferenten auf sein Begehr den ausschließlichen Besitz der Collationsgegenstände zu überlassen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent dafür biete.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 845.

XXXI.

Streitig ist, wie weit der Collationspflichtige neben der Hauptsache auch die Früchte zu conferiren habe.

Einige meinen, der Conferent gebe neben der Hauptsache auch die seit dem Tode des Erblassers gezogenen Früchte, und von Zeit der mora an, auch die fructus percipiendi heraus. L. 5. §. 1 D. de dotis coll. 37, 7.

Schweppe, röm. P.-R. §. 865.
Pfitzer, die Collation §. 272.
Reinhard, Lehre von der Einwerfung §. 408.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 231. Not. o.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 777.

Andere meinen, Accessionen und Früchte habe der Conferent seit dem Erwerbe der Erbschaft zu prästiren, und beruft man sich gleichfalls auf analoge Anwendung der L. 5. §. 1 D. de dotis coll.

Fein, die Collation §. 54.
Sintenis, Civilr. §. 189. Not. 30.

Vergl.

Rechtslexikon Bd. 3. S. 841. Not. 182.

Andere meinen, die Früchte habe der Conferent sämmtlich zu conferiren, welche er bei Lebzeiten des Erblassers percipirt habe.

Vinnius, de coll. c. 11. Nro. 3 u. 4.

Andere meinen, wenigstens von der Zeit, wo die Erbschaft dem Collationspflichtigen conferirt sei, habe derselbe die percipirten Früchte zu conferiren.

Cocceji, jur. civ. contr. 37. 6. qu. 5.
Brunnemann ad L. 3. §. 1 C. de coll. dot.
Lynker, resolut. 506.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 7. §. 42.

XXXII.

Streitig ist, von welcher Zeit die Collationsposten zu verzinsen sind.

Einige meinen, der Collationspflichtige habe Zinsen vom Todestage des Erblassers an gerechnet, zu entrichten, weil mit diesem die Collationsverbindlichkeit eintrete. L. 10. §. 3. L. 12. §. 9 D. mandat. L. 1. §. 1 D. de usuris. L. 5. §. 1 D. de dotis coll. 37, 7, vergl. mit L. 6 u. 12 C. de collat. L. 15. C eod.

Müller, syntagm. jur. civ. exerc. 37. §. 35.
Walch, introd. in contr. jur. p. 403.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 51.
Cocceji, jur. civ. contr. 37. 6. qu. 5.
Vost, comm. ad P. 37. 6. §. 24.
Curtius, Handb. des sächs. Civilr. Th. 2. §. 94.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. 2. §. 1241 in Not.
Lynker, resolut. discept. forens. res. 502.

Andere wollen die Zeit der Erbantretung als dies a quo für die Zinsenvergütung annehmen, weil durch die Erbschaftsantretung die Collationsverbindlichkeit überhaupt begründet werde. L. 3. pr. D. de collat. L. 8 C. eod. Dies erfordere die Billigkeit, weil der Collationspflichtige die Zinsen des zu conferirenden Gegenstandes zum Nachtheil der Masse für sich gewinne.

Müller ad Leyser. T. IV. fasc. 2. pag. 9.
Zoller, diss. ex quo tempore usurae conferendor. sint pendendae §. 11.

Andere verlangen die Verzinsung vom Momente der Erbschaftstheilung.

Huber, prael. ad P. tit. de dotis collat. §. 6.
Richter, dec. P. 2. dec. 74. Nro. 75.

Andere lassen die Zinsenverpflichtung von dem Tage beginnen, wo der Richter den Termin zur Collation festgesetzt habe, arg. L. 5. §. 1 D. de dotis collat.

Püttmann bei Mascovii opusc. Nro. 8. p. 270.

Andere statuiren die Zinsen erst vom Tage des Verzugs an, wo also die Collation gefordert wurde.

Lauterbach, diss. de collat. bonor. in opusc. T. I. Nro. 77.
Huber, praelect. ad D. 37. 6. §. 6.
Beck, de collat. bonor. c. 3. §. 21.
Thibaut, System §. 886.
Braun, Dictate zu §. 735.
Langenn und Kori, Erörter. Th. 2. S. 193.
Guyet im civ. Archiv Bd. 21. S. 161.
Struben, rechtl. Bedenken Th. 4. Nr. 56.
Schweppe, röm. P.-R. §. 865 und Not. 3.
Pfitzer, von der Collation S. 611 u. 612.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 714.

Andere meinen, daß, sowie die Legate, auch die Collationsposten vom 30. Tage an zu verzinsen seien, — eine Ansicht, welcher das sächsische Appellationsgericht huldigt.

v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 90.

Vergl.

Langenn und Kori, Erört. Th. 2. S. 212.

Andere meinen, ein allgemeiner Normalzeitpunkt lasse sich gar nicht bestimmen, sondern die Frage über mora und Verzugszinsen sei immer nur nach Beschaffenheit des einzelnen Falls zu beurtheilen.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4. S. 88.
Fein, die Collation §. 56.

Vergl.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 778.

Präjudiz 1.

Der Collationspflichtige hat die einzuwerfende Summe erst von der Zeit, wo ihn der Vorwurf eines Verzuges trifft, zu verzinsen, und zwar wied. hier die mora nur durch eine Interpellation begründet. Als eine solche Interpellation ist aber jede Handlung der übrigen Erben zu betrachten, wodurch der Collationspflichtige von ihrem auf die Einwerfung gerichteten Verlangen Kenntniß erlangt (scil. a se peti).

Vergl. fr. 20. §. 6. 10; fr. 23. §. 2. 6 de her. petit. 5, 3.
Erk. des OAG. zu Dresden vom März 1853, in S. Helbig c. Morgenstern.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 191.

Präjudiz 2.

Darüber, daß Zinsen vor dem Tode des Erblassers nicht gefordert werden können, möge der Descendent die der Collation unterworfene Mithilfe auch noch so lange benützt haben, waltet kein Streit ob. Die Ansichten scheiden sich nur insofern, als die Verbindlichleit zur Verzinsung nach Einigen schon:

a) vom Todestage des Erblassers, oder, in Sachsen, vom 30. Tage nach dem Tode, nach Anderen
b) von dem Gebschaftsantritte, und nach noch Anderen
c) von der Gebtheilung an beginnen soll, während endlich nach einer vierten Meinung
d) erst durch eine Aufforderung zur Collation (interpellatio) die Zinsverbindlichkeit begründet wird.

Das vormalige Landes-Appellationsgericht hat mehrmals:

in Sander's Nachlaßsache, 1821, t. B. 124 und
in Hiller's Nachlaßsache, 1823, t. B. 75, 1825, l. C. 9.

nach der sub a) zuerst gedachten Meinung gesprochen und dasselbe ist sodann auch in der

Schäferschen Nachlaßsache, am 13. März und 24. Nov. 1841 (II. 70/89 und Itt. 96/130)

von dem Oberappellationsgerichte geschehen.

Anderweite Erwägung hat dahin geführt, diese Meinung aufzugeben und der ad d) zuletzt gedachten, nach welcher erst nach vorausgegangener Aufforderung (Interpellation) eine Zinsverbindlichkeit eintritt, beizupflichten, den Begriff der Interpellation jedoch nicht auf eine förmliche, mit dem speciellen Verlangen der Einlieferung der Collationspost zur Verlassenschaftsmasse verbundene Klaganstellung zu beschränken, sondern in einem weiteren Sinne zu nehmen, so, daß darunter auch andere, zur Kenntniß des Collationspflichtigen gebrachte Handlungen und Erklärungen des Miterben zu verstehen sind, in denen dessen Verlangen, daß die conferenda zur gemeinen Theilung gebracht werden, mit enthalten ist.

Diese, ad d) gedachte Ansicht ist vornehmlich in neuerer Zeit, unter Anderen auch von

Guyet im Archive für die civil. Praxis Bd. 21. Nr. 5. S. 161 f. 170. 173 f.
Fein, das Recht der Collation S. 321 f.

ausführlich begründet worden, so daß hier nur Folgendes besonders auszuheben ist.

Ein Gesetz, welches ausspräche, daß von Collationsposten Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkte an zu entrichten, oder aufzurechnen seien, ist nicht vorhanden. Ueberhaupt ist es nur

L. 5. §. 1 D. de dot. coll. 37, 7.

ein Responsum Papinian's, worin ausdrücklich einer Verbindlichkeit zur Verzinsung des conferendum gedacht und von dem Juristen geantwortet wird, eine Tochter, welche ihre Mitgift hätte einwerfen sollen und dabei einen Verzug verhing (moram collationi fecit), sei verbunden, auch Zinsen mit einzuwerfen. Darüber aber, von welchem Zeitpunkte an diese mora anzunehmen sei, ist dabei nichts erwähnt. Nicht bestritten ist es, daß eine mora in der Regel nur durch interpellatio begründet wird,

L. 32 pr. D. de usuris 22, 1.
L. 23. §. 1 D. eod.
Madai, Lehre von der mora §. 2. S. 14.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts §. 355 und Note 3—10.

und daß in den Quellen die mora ex re mit dem bloßen Worte: mora nicht bezeichnet zu werden pflegt, wie dies auch

Fein, a. a. O. S. 326.

besonders bemerkt hat. Zu den Ausnahmen von dieser Regel gehören allerdings die Fälle, wo durch Gesetz oder Vertrag ein bestimmter Tag festgesetzt ist, an welchem der Schuldner bezahlen soll, so daß diese Bestimmung, in Verbindung mit dem Eintritte des Tages selbst, die Stelle des Mahnenden vertritt. So wie aber Ausnahmen überhaupt nicht extendirt werden dürfen, so ist namentlich bei Anwendung dieses Ausnahme-Satzes dabei stehen zu bleiben, daß der dies nur dann als der interpellirende Gläubiger betrachtet werden kann, wenn es ein zu der von dem Schuldner zu leistenden Zahlung im Voraus festbestimmter Zeitpunkt war, und daß hiervon der Fall wohl zu unterscheiden ist, wo bloß im Allgemeinen ein Zeitpunkt für den Eintritt des Forderungsrechts bestimmt ist, so daß an, oder von solchem an der Gläubiger das Recht, die Erfüllung der Verbindlichkeit zu fordern, und der Schuldner das Recht erhält, dem Gläubiger die Zahlung zu leisten, ohne jedoch hierzu unaufgefordert verbindlich zu sein. In diesem Sinne hat das OAG. auch bisher den Satz: dies interpellat pro homine, angewendet.

Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle. Jahrg. 1850. S. 58.

Von den Rechtslehrern, welche die Meinung vertheidigen, daß die conferenda vom Tode des Erblassers an zu verzinsen seien, sowie in den auf diese Meinung sprechenden Erkenntnissen wird fast nur auf die L. 5. §. 1 D. de dot. coll. Bezug genommen und zugegeben, daß die Zinsverbindlichkeit auch hier nicht auf dem Gesetze, sondern auf der mora beruhe, doch behauptet, es trete mit dem Todestage des Erblassers eine mora ex re ein. Dies würde nur dann richtig sein, wenn eine gesetzliche Vorschrift bestände, nach welcher es jedem, von welchem etwas in den elterlichen Nachlaß einzuwerfen ist, zur Pflicht gemacht würde, dies ohne weitere Veranlassung, sofort am Todestage des Erblassers zu thun. Eine solche Vorschrift ist aber nicht vorhanden. Die Gesetzstellen, nach welchen der Antritt der Erbschaft auf die Zeit des Todes zurückwirkt und die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers schon von dessen Todestage an auf den antretenden Erben übergehen,

L. 54 D. de acquir. her. 29, 2.
L. 28. §. 4 D. de stipul. serv. 45, 3.
L. 138 pr. L. 193 D. de reg. jur. 50, 17.

werden von den Vertheidigern der Ansicht, daß bei der Collation eine mora ex re mit dem Todestage des Erblassers eintrete, erfolglos bezogen. Der Erblasser hat gar keinen Anspruch gegen den collationspflichtigen Descendenten; nicht einmal dessen Miterben erlangen ohne Weiteres ein Recht, die Collation selbst sofort unbedingt zu fordern. Dem dazu aufgeforderten Descendenten ist die Wahl gelassen, ob er miterben und conferiren oder ob er nicht miterben und nicht conferiren wolle; die auf die ältere Collation des Emancipirten sich beziehenden, dazwischen nirgends aufgehobenen Gesetze gestatteten demselben, die Anordnung des Peätors zur Collation abzuwarten, die reelle Collation, nach seiner Consequenz, durch Cautionsbestellung abzuwenden, und sogar innerhalb des nächsten Jahres nach dem Tode des Erblassers mit dem Entschlusse zu variiren.

L. 1. §. 9 sqq. L. 3 pr. L. 8 D. de collat. 37, 6.

Eben so wenig Einfluß ist darauf zu setzen, daß bei der Beurtheilung dessen, was der Emancipatus einzuwerfen hat, auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen werden soll,

L. 1. §. 17 D. de collat. 37, 6.
L. 6. 14. 15 C. de collat. 6, 20.

und daß der Emancipirte nur das, was er zu dieser Zeit besaß, nicht aber das nachher Erworbene einzuwerfen hat. Keineswegs wird in diesen Stellen oder in einer anderen bestimmt, daß der Todestag des Erblassers derjenige Zeitpunkt sei, zu welchem der Descendent die ihn, blos eventuell, dafern er miterben will, treffende Verbindlichkeit zur Einwerfung ohne Weiteres erfüllen müsse, ihm mithin, wenn dies nicht geschieht, eine mora zur Last falle. Daß der römische Jurist in

L. 5. §. 1 D. de dot. coll.

an eine, mit dem Todestage eingetretene mora ex re nicht gedacht habe, ergibt sich entschieden aus anderen Stellen. Man darf hier nur auf die L. 5. §. 1 D. de dot. coll., nach welcher die durch Stipulation bestellte Caution erst dann ihre Wirkung äußert, d. h. eine mora involvirt, wenn der collationspflichtige Descendent, „interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit," die Einwerfung nicht leistete, ingleichen auf

L. 2. §. 9 und L. 8 eod.

hinweisen, in welchen beiden von der mora bei der Einwerfung die Rede ist, doch so, daß der Todestag des Erblassers nicht als der Zeitpunkt für den Eintritt der mora betrachtet worden sein kann. Nach L. 2. §. 9 soll nämlich dem Emanelpirten, wenn er wegen seiner Armuth nicht Caution bestellen kann, der Besitz seiner Habe nicht sofort entzogen, sondern es soll damit Anstand genommen werden, bis er Bürgen gefunden hat; nur trifft ihn dann, wenn er sich hierbei eine mora zu Schulden kommen läßt, der dadurch entstehende Nachtheil. Und in L. 8

wird der Gestattung des Variirens während des Jahres nach dem Tode des Erblassers die Bemerkung hinzugefügt, eine solche voluntaria mora cautionis sei post annum nicht zu admittiren.

Die Rechtslehrer, auf welche Bezug genommen wird, um die Ansicht, daß das conferendum vom Todestage des Erblassers an zu verzinsen sei, als eine gerichtsbräuchliche darzustellen, bestätigen dies nicht, vielmehr nur so viel, daß, machte der Descendent auch nach so lange das conferendum besessen und benutzt haben, doch vor dem Tode des Erblassers von einer Verbindlichkeit zur Verzinsung nicht die Rede sein und daß erst nach dem Tode eine mora zur Verzinsung führen könne, ohne beizufügen, wodurch diese mora begründet wird. Die meisten halten sich sogar so, daß daraus hervorgeht, es werde von ihnen durchaus nicht angenommen, daß mit dem Todestage des Erblassers sofort eine mora ex re eintrete. So sagt:

Voet im Comment. ad Pand. 37. 6. §. 24: „post mortem ex mora quadam,“

Struv im synt. jur. civ. 37. 6. §. 35: „si quis moram committat in conferendo,“ und

Müller in Not. δ, daß eine mora nur dann anzunehmen sei, quando non contulerunt, cum conferre debuerint, indem er älterer Schriftsteller gedenkt, nach welchen nicht einmal die bloße Interpellation genügte, sondern überdies erfordert wurde, „ut collationi dies assignata sit;“ in Not. β zu §. 36 aber ist bloß davon die Rede, daß bei der aestimatio des Werthes auf die Todeszeit zu sehen sei;

Carpzov, II. const. 30. def. 19: „si mora post mortem, — ex mora enim usurae debentur,“

unter Beifügung zweier Urthel von 1612 und 1634, worin der Zinsanspruch, weil keine mora verhangen, zurückgewiesen wird;

Menken im syst. jur. civ. 37. 6. §. 8: „collatio fit eo tempore, quo de divisione hereditatis agitur, idque ad mortis tempus retrotrahitur; ex mora autem etiam fructus rei, aut usurae pecuniae dotalis veniunt conferendae,“

mit Beziehung auf

Huber, prael. ad Pand. 37. 6. §. 6.

welcher zum Zinsanspruche mora erfordert und solche zur Zeit der Theilung eintreten läßt; —

Berger in der oecon. jur. II. tit. 4. th. 51: „usurae et fructus non conferuntur, nisi post mortem,“

wobei er, wie dies auch von sämmtlichen Vorgenannten geschieht, auf

L. 5. §. 2 D. de dot. coll. 37, 7.

verweist und dadurch ebenfalls eine nach dem Tode verhangene mora erfordert, wozu

Haubold in der Not. 2.

noch Leyser in medit. ad Pand. spec. 410. med. 5. allegirt, welcher auf Grund der L. 5. §. 1 nur die mora hier als zinswirkend betrachtet und dies durch eine Entscheidung dahin: „daß der Beklagte die 100 Thlr., jedoch ohne Zinsen, in gemeine Theilung zu bringen schuldig,“ praktisch belegt; — und

Curtius im Handbuch des Civilrechts §. 934: „der Säumige ist zu Verzugszinsen verpflichtet.“

wozu Hänsel in der Note pp vornehmlich solche Schriftsteller, welche eine Interpellation zu Begründung der mora für nöthig halten, allegirt, und wobei er selbst sich zu derselben Meinung hinzuneigen scheint. Sogar in der, vornehmlich in Sachsen vielberufenen Dissertation Weise's, (Praes. Zoller) ex quo tempore usurae conferendorum sint pendendae, Lips. 1767., wird — s. besonders §§. 11—15 — die mora und der Anfang der Zinsverbindlichkeit keineswegs auf die Todeszeit des Erblassers, sondern auf den Erbschaftsantritt, als welcher der Ausbringung der bonorum possessio gleichstehe, gesetzt, und es wird in §. 15 auf das sächsische Landrecht Buch III. Art. 15. verwiesen, welcher Ausspruch des alten Sachsenrechts jedoch eigentlich dieser Meinung gerade entgegensteht, indem daselbst nach den Worten: „wer Heergeräthe, Gerade, oder Erbe nach dem Dreißigsten mit Unrecht weigert herauszugeben,“ von einem ein Fordern voraussetzenden Verweigern, nicht von einem bloßen Nichtsthun die Rede ist. Ueberhaupt aber handelt nicht diese Stelle, sondern der 13. Artikel im 1. Buche, lautend:

„Sondert der Vater und die Mutter einen ihrer Söhne oder Töchter mit ihrem Gute u. s. w., und diese wollen nach des Vaters, oder der Mutter Tode ihr Erbtheil ansprechen u. s. w., so müssen sie in die Theilung bringen mit ihrem Eide alles ihr Gut, damit sie abgesondert waren,“ u. s. w.

von der Einwerfung, ohne dabei auch nur im entferntesten einer mit dem Dreißigsten anhebenden Verbindlichkeit zur Verzinsung zu gedenken.

Der Billigkeit und der Tendenz der Gleichstellung, welche dem Institute der Collation sowohl des älteren als des neueren Rechts unterliegt, steht es keineswegs entgegen, wenn angenommen wird, es trete nicht sofort mit dem Tode des Erblassers eine Verbindlichkeit zur Verzinsung der Collationsposten ein. Die Fälle gestalten sich so verschieden, und können oft so beschaffen sein, daß eben dann, wenn eine Collationspost vom Todestage an fünfprocentig verzinst werden müßte, eine Ungleichheit und Unbilligkeit entstehen würde. Auch hier findet die Aeußerung in

L. 32 pr. D. de usur. 22, 1. und

L. 24 D. de reg. jur. 50, 17.

daß die Beurtheilung der Frage über die mora hinsichtlich der damit verbundenen Folgen der Zinsentrichtung und Leistung des Interesse oft mehr vom factum, als vom jus abhänge, ihren praktischen Beleg. Ueberhaupt ist aber hierbei niemals zu einer Gleichheit bis auf die Linie zu gelangen und nirgends findet sich eine Vorschrift, nach welcher das Princip der Gleichstellung durch Hintansetzung anderer Rechtsvorschriften (— wie der über die mora bestehenden —) so weit zu verfolgen wäre.

Wird endlich noch auf die Natur der Sache hingedeutet und so argumentirt: es werde jedes Collationsobject zur Zeit des Todes, — (oder in Sachsen am Dreißigsten) — eben so ein Theil des Nachlasses, wie das übrige Vermögen, welches der Erblasser bis zu seinem Tode im Besitze behielt, es müsse bei der Theilung in Anschlag gebracht werden und es stehe den gesammten Erben so lange, als die Theilung noch nicht erfolgt sei, das nämliche Recht auf die Benutzung dieses Collationsobjects zu, wie auf die eines jeden anderen Theiles der Verlassenschaft, woraus die Verbindlichkeit des Collationspflichtigen folge, das zu conferirende Geld entweder sofort in die Masse zu zahlen, damit es von den Gesammterben benutzt werden könne, oder es zu verzinsen, so ist hiergegen zunächst einzuhalten, daß das Eigenthum an dem, was der Descendent bei Lebzeiten der Eltern empfangen und in den Nachlaß einzuwerfen hat, auch nach dem Tode des Erblassers dem Descendenten verbleibt, nicht also, wie bei den eigentlichen Nachlaßgegenständen, auf die gesammten Erben antheilig übergeht,

vergl. Curtius, Handbuch des Civilrechts §. 934. D. 2 und Not. u.

und daß dem Collationspflichtigen, dafern er miterben will, bloß obliegt, zu gestatten, daß das Conferendum zu dem Nachlasse des Verstorbenen hinzugerechnet und ihm auf seinen Erbtheil angerechnet werde. Hierin besteht der Anspruch der Miterben darauf, daß der Collationspflichtige das Erhaltene „in gemeine Theilung bringe,“ und zugleich die wesentliche und folgenreiche Unterscheidung zwischen dem Conferendum und den auf besonderen Rechtstiteln — (z. B. Kauf, Darlehn) — beruhenden Schulden des Erben an den Nachlaß,

vergl. Car. Fr. Günther, progr. observ. pragm. bigs. Lips. 1833. cap. II. p. 6 sq.

was insonderheit auch von dem vormaligen Appellationsgerichte und dem Oberappellationsgerichte wiederholt anerkannt worden ist,

z. B. in Becker's Verlassenschaftssache, 1831, I. B. 8. 1834, I. A. 7. in Sachen Otto's c. Otto, II. $^{523}/_{400}$ am 23. Nov. 1837.

Wenn man hiernächst auch annehmen wollte, durch den Tod des Erblassers nehme das Conferendum sofort die Eigenschaft eines Nachlaßstückes an, welches ein Miterbe im Besitze hat, so würden die Principien der hereditatis petitio zur Anwendung gelangen,

vergl. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts §. 714 und die in Not. b angegebene Gesetzesstelle.
Curtius, Handbuch §. 934 und Not. b.

und nach diesen, welche übrigens auch nach

L. 25 §. 19 D. de her. pet. 5, 3.

bei der zu Geltendmachung der Collations-Ansprüche

vergl. L. 20 pr. D. fam. hercisc. 10, 2.
L. 18 C. eod. 3, 36.
Glück, Pandekten-Commentar Bd. 11. §. 729. S. 34 f.
Mühlenbruch, a. a. O. §. 721.
Curtius, a. a. O. §. 934.
Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle VII. S. 20.

dienenden actio familiae herciscundae zu beachten sind, würde der Collationspflichtige zur Entrichtung von Zinsen nach den diesfallsigen bekannten Rechtsvorschriften nur dann angehalten werden können, wenn er dergleichen erhoben und dadurch sich bereichert hätte, oder wenn er als malae fidei possessor anzusehen wäre. Als solcher könnte er, außer dem Falle der wirklichen Klaganstellung, eher nicht betrachtet werden, als von dem Zeitpunkte an, quo scivit a se peti.

L. 20 §§. 6. 11. L. 25. §§. 2. 6 D. de her. pet. 5, 3.

Zu dem scire wird, wie aus

L. 20. §. 11 verb. mit L. 25. §. 6 eod.

erhellt, nicht nothwendig erfordert, daß eine gerichtliche Veranlassung vorausgegangen sei, doch so viel, daß mit der Kenntniß der factischen Verhältnisse auch die Kenntniß des dem Andern zustehenden Rechts verbunden sein müsse.

Diese mala fides, das scire, a se peti, herbeizuführen, ist wohl gerade förmliche Klaganstellung nöthig; es reichen dazu auch andere Handlungen aus, wodurch der zur Herausgabe Verbundene von dem Anspruche des Andern Kenntniß erlangt. Daß bei dem Descendenten, welcher vom Erblasser bei dessen Leben etwas empfangen hat, was er, wenn er miterben will, auf Verlangen der Miterben sich auf seinen Erbtheil anrechnen lassen muß, ganz gewiß in der Regel nicht schon zur Todeszeit des Erblassers gesagt werden könnte: „scivit, a se peti," bedarf keines umständlichen Nachweises. Wenigstens so lange, als wegen Theilung des Nachlasses von keiner Seite eine Anregung geschieht, könnte eine mala fides desjenigen Erben, welcher den Nachlaß, oder einen Theil, oder ein Stück desselben besitzt, offenbar nicht behauptet werden.

Erk. des OAG. zu Dresden v. J. 1850, i. S. Barthelin c. Polster.
Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 10. Heft 3. Nr. 23. S. 266 ff.

XXXIII.

Streitig ist, durch welche Rechtsmittel die Erben die Collation erwirken.

Einige meinen, die Rechtsmittel der Miterben, zur Bewirkung der Collation, gegen die Collationspflichtigen seien, wenn keine Caution geleistet sei, theils die Vorenthaltung des Erbtheils, L. 1. §. 10 u. 13 D. de coll. 37, 6. L. 11. L. 12. L. 14 C. eod. 6, 20, und Verweigerung aller Erbschaftsklagen, theils die actio famil. hercisc., L. 1 pr. D. de dot. coll. 37, 7. Wenn aber bei der Erbtheilung die Collation vergessen und die Erbschaft getheilt sei, so finde weder actio famil. hercisc., noch actio communi divid. statt; denn deren Voraussetzungen fehlten alsdann; die Miterben hätten aber gegen den Collationspflichtigen die condictio indebiti auf seine herauszugebenden Conferenden, insofern sie in einem Irrthum über Thatsachen sich befänden; sei wegen Rechtsirrthum die Collation übersehen, so könne sie nicht nachgeholt oder ersetzt werden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 866.
Pfitzer, Collation §. 268 f.
Göschen, Vorles. §. 970. Nr. 6.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 512.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 714.
Valett, Lehrb. §. 1083. Not. 17.

Andere lassen eine imploratio officii judicis eintreten.

Brunnemann ad C. de coll. l. 8.
Stryk, succ. ab intest. diss. 11. cap. 5. §. 11.
Voet, Comm. ad P. de dotis coll. Nro. 10.
Beck, tract. de collat. c. 6. §. 5 u. 6.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 37. 6. §. 16.
Hofacker, principia juris civ. §. 1665.

Andere meinen, auch wenn keine Caution geleistet sei, so könnten die Collationsberechtigten in dem jud. famil. hercisc. ihre Ansprüche geltend machen; aber dieses könne nicht in allen Fällen ausreichen; es sei daher auch gestattet, extra ordinem richterliche Hilfe zu begehren, und dann kämen nach Lage der Sache die früher bei der Collation der Emancipirten gegebenen verschiedenen Maßregeln zur Anwendung — fictitiae actiones, exceptiones, Bestellung eines Curators und dergleichen.

Malblanc, princ. jur. §. 779. not. b.
Rechtslexikon Bd. 3. S. 847.
Thibaut, System §. 886. Not. p.

Andere stimmen der ersten Ansicht im Allgemeinen bei, gestatten aber bei unzulässiger condictio indebiti auch eine in integr. restit.

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 4.

Andere gestatten eine actio in factum.

Pfitzer, Collation S. 270.
Petersen, de coll. P. I. pag. 174.

Andere gestatten eine condictio ex lege.

Hunnius, resol. ad Trentler. Vol. 2. disp. 17. th. 7. lit. A.

Andere nehmen für den Fall, wenn der Collationspflichtige bei der Erbtheilung wissentlich die Collation unterließ, eine condictio furtiva an.

Pfitzer, Collation S. 628.

Andere verwerfen alle jene Klagen, und halten nur eine stipulatio collationis für anwendbar, so daß auch noch jetzt der Zwang zur Collation bis zu deren freiwilliger Bestellung von Seiten der Collationspflichtigen einzig in der Verweigerung der Erbschaftsklagen bestehe, und wenn der Collationspflichtige selbst im Besitz sei, auf Herausgabe seines Erbtheils gegen Caution geklagt, oder ein Curator für seine Erbportion bestellt werden könne. Daneben könne die gerichtliche Erbtheilung nur wegen eines dolus des Collationspflichtigen durch in integr. restitutio, und die außergerichtliche Theilung aus eben diesem Grunde auf dieselbe Weise und außerdem wegen factischen Irrthums durch die condictio indebiti angegriffen werden.

Fein, die Collation S. 295.

Siehe hiergegen

Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 4.
Pfordten, Recens. in den Leipz. krit. Jahrb. 1844. S. 878.

Vergl. auch das Präj. 2 des OAG. Dresden vom J. 1850 in der vorigen Controv. 32.

Präjudiz 1.

1) Der Zweck der actio familiae herciscundae besteht, wie namentlich aus folgenden Gesetzstellen folgt,

L. 1 pr. D. famil. hercisc.
L. 2 pr. eod.

darin, daß durch sie die Theilung der Erbschaft bewirkt werde. Insoweit es sich um die Erreichung dieses Zweckes

handelt, beruht die sog. Universalität und Duplicität des judicium familiae herciscundae außer allem Zweifel. Hiervon sind aber die Fragen verschieden, unter welchen Personen das angegebene judicium stattfinden könne, auf welche Objecte das letztere sich beziehe und ob namentlich die Erben gegenseitig zur Collation berechtigt oder verpflichtet seien. In allen diesen Fällen kann schon äußerlich darüber, welche Partei die Stelle des Klägers, und welche die Stelle des Beklagten vertrete, ein Zweifel nicht entstehen. Denn es wird hier immer nur Einer — nämlich derjenige, welcher die Theilung des Nachlasses, oder die Zuziehung eines Gegenstandes zur Theilungsmasse, oder die Collation verlangt, — auf Entscheidung antragen, und der Antragsteller ist, so weit es sich um die Frage handelt, ob die Weigerung des Gegentheiles begründet sei, der Kläger, während der andere Theil die Stelle des Beklagten vertritt. Indessen

2) ist es, auch selbst abgesehen hiervon, ein bekannter Grundsatz, daß durch das, was zwischen den streitenden Parteien vor Gericht verhandelt und entschieden wird, den Rechten an dem Processe nicht theilnehmender dritter Personen nicht präjudicirt wird.

tit. Cod. inter alios acta vel judicata aliis non nocere.
L. 1. 3. 7. §. 4. L. 22. 29 D. de except. rei judicat."

Eine Ausnahme hiervon rücksichtlich des judicium familiae herciscundae wird nirgends gemacht und es muß daher auch bei dem letzteren die Regel gelten, daß lediglich über die Rechte derjenigen entschieden werden könne, unter denen das judicium stattfindet. Es kann daher,

3) wenn bloß einige von mehreren Erbinteressenten an dem judicium familiae herciscundae Theil nehmen, ein Fall, der allerdings vorkommen kann,

man vergleiche L. 2. §. 4 D. famil. hercisc.
Voet, comment. ad Pand. lib. 10. tit. 2. pos. 12.
Pufendorf, observ. T. 4. obs. 40.
Vangerow, Leitfaden Bd. 3. S. 386.

die richterliche Entscheidung bloß das gegenseitige Rechtsverhältniß derjenigen Erbinteressenten, welche an dem Processe Theil nehmen, betreffen, und bloß zwischen diesen Rechtskraft erlangen.

Urthel des OAG. zu Dresden vom Monat April 1853, in Christian Ernst Knothe's Nachlaßsache.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 12. H. 5. Nr. 48. S. 460.

Präjudiz 2.

Obschon nach heutigem Rechte der Fall nicht undenkbar ist, daß ein collationspflichtiger Erbe zur baaren Herauszahlung angehalten werden kann, so besteht doch die nächste und eigentliche Verbindlichkeit desselben nur darin, zu gestatten, daß der Betrag des conferendi zum Nachlasse hinzu gerechnet und ihm auf sein Erbtheil angerechnet werde, und grade hierin zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen den Conferenden und den auf besondern Rechtstiteln beruhenden Schulden des Erben an den Nachlaß.

v. Langenn und Kori, Erört. Th. 2. S. 199 f. und das in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 10. S. 266 abgedruckte Erkenntniß des OAG.

Die collationspflichtigen Miterben, zu denen übrigens, wie bereits Bl. — bemerkt worden ist, die Wittwe des Testators nicht gerechnet werden darf, können auf das Anerkenntniß dieser Verpflichtung vermittelst der actio familiae herciscundae, welche

vergl. L. 20 pr. D. fam. hercisc. 10, 2.
L. 18 C. eod. 3, 36.

auch zu diesem Zwecke gegeben wird, klagen, jedoch kann eine solche Klage nur so lange mit Erfolg angestellt werden, als der Nachlaß noch unvertheilt und die zur Vertheilung zu bringende Masse eben durch die Feststellung der streitigen Collationsposten erst noch zu constatiren ist. Wenn dagegen die Vertheilung des Nachlasses bereits erfolgt ist, bleibt wegen der etwa vorhandenen und bei der Erbtheilung unberücksichtigt gebliebenen Conferenden für die collationsberechtigten Erben nur noch eine Klage auf Zurückerstattung Dessen, was der collationspflichtige Erbe zu viel erhalten hat, übrig.

Zur Begründung einer solchen Klage bedarf es aber einer genauern Angabe über die Kräfte und den Bestand des vertheilten Nachlasses, über die Grundsätze, nach welchen dieselbe erfolgt und über den Betrag und die Gewährung des ausgefallenen Erbtheiles, indem sich anderergestalt gar nicht erkennen und beurtheilen läßt, ob und wie viel der Beklagte zu erhalten gehabt hätte, wenn kein conferendum bei der Erbtheilung mit zur Masse hinzugerechnet und ihm an seinem gesetzlichen oder testamentarischen Erbtheile gekürzt worden wäre.

In der gegenwärtigen Klage fehlt es an allen diesen Angaben. Es ist darin nicht behauptet worden, daß der Nachlaß F.'s noch ungetheilt sei, es läßt sich sogar nach dem Anführen Bl. — das Gegentheil vermuthen, da das streitige conferendum von der verehel. F. bereits eidlich abgelehnt worden ist; es ist aber auch weder über den Inhalt des Testamentes, noch über den Bestand und die Theilung der Verlassenschaft irgend etwas Näheres angeführt worden. Schon diese Mängel reichen zur Abweisung der Kläger in der angebrachten Maaße aus, rc.

Urthel des OAG. zu Dresden vom 15. Mai 1855, in S. Fritzschin und Consorten gegen Friebel.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 14. H. 4. Nr. 141. S. 361 f.

XXXIV.

Streitig ist der Theilungsmaßstab, wenn nicht alle, sondern nur einzelne Miterben, z. B. bei Schenkungen, zu conferiren haben.

Einige stellen mit der Glosse nach L. 1. §. 3 D. de coll. den Satz auf: tantum aufert, quantum confert.

Siehe darüber

Fein, die Collation S. 71 f.
Pfordten, Recens. in den Leipz. krit. Jahrb. 1844. S. 874.

Andere meinen, bei der Beerbung des gewesenen Hausvaters habe zwar die Idee, daß es bei dem ältern Rechte verbleibe, und daß man nur die Vorschriften über die Collationspflicht der sua analogisch auf den Haussohn und seine propter nuptias donatio auszudehnen habe, etwas Verführerisches; allein die Ansicht, daß der Kaiser in diesem Punkte eine Neuerung getroffen, daß er nämlich auch die emancipirten Kinder in die Reihe der Collationsberechtigten hinsichtlich der von emancipirten Miterben zu conferirenden dos und propter nuptias donatio aufgenommen habe, habe theoretisch und nach der Praxis Vorzüge.

Wissenbach, exercit. P. 2. disp. 12. th. 4 in f..
Brunnemann in Dig. de dotis coll. Nro. 36.
Lauterbach, coll. th. pr. P. de dotis coll. §. 4.
Struv, syntagma jur. exerc. 37. th. 24.
Stryk, succ. ab int. diss. 11. c. 2. §. 7.
Walett, Lehrb. §. 1078. Not. 83.

Andere erklären sich für Beibehaltung des ältern Rechts.

Pufendorf, obs. T. 3. obs. 118. §. 6.
Mayer, Erbrecht §. 125. Not. 5.

Andere betrachten das conferendum als eine fingirte Erbmasse, daher sei, wenn alle Concurrenten zu gleichen Theilen Erben sind, gleichmäßig zu theilen; wenn sie zu ungleichen Quoten Erben sind, nach proportionsmäßig wachsenden Quoten, z. B. A ist Erbe auf $^1/_6$, B auf $^1/_4$, C. auf $^1/_2$ zum Erben eingesetzt, und C hat dem B ein Specialconferendum einzuwerfen; dann erhalte B davon $^1/_3$, C $^2/_3$, also gleich wie beim Accrescenzrechte.

Vinnius, de collat. cap. 16. Nro. 12.

D.

Delation der Erbschaft.

Seuffert im civil. Archiv Bd. 3. S. 218.
Klüpfel, Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 1.
Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts S. 38 f.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. Abth. 1. S. 103 f.
Glück, Pand. Bd. 38. S. 78 f.
Zachariä, über die wissenschaftl. Behandl. des röm. Rechts S. 28.
Gans, Erbrecht Bd. 2. S. 451.
Baumeister, Anwachsungsrecht S. 108 f.
Huschke im Rhein. Mus. Bd. 4. Nr. 8.

I.

Streitig ist, welchen Einfluß auf die Delation der Erbschaft die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest habe, wenn ein Erbvertrag nebst einem Testamente vorliegt.

Einige meinen, wenn der Erbvertrag mit einem Testamente concurrirt, so trete jene Regel nicht ein, vielmehr gelte der Erbvertrag neben dem Testament; denn beide Geschäfte stimmten in ihrem letzten Zwecke, wodurch sie fast dieselbe Stellung bekämen, wie zwei verschiedene Testamente, aus denen eine directe Erbfolge deferirt werde, überein, und dem Resultate nach habe diese Ansicht die gemeine Meinung für sich. Es werde durch den Erbvertrag und das Testament einmal die Intestaterbfolge ausgeschlossen, und in Beziehung auf die Succession würden die Vertrags- und Testaments-Erben als Miterben betrachtet.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 80 u. 349.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. S. 279 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 493.

Andere bezweifeln, daß der Erbvertrag neben dem Testamente bestehen könne; bei Concurrenz des Erbvertrags mit einem Testamente trete vielmehr der Grund-

satz ein: Nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest.

Mayer, diss. an et quatenus principia juris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint §. 15. Nro. 5.

Vergl.

Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6. S. 298.

Siehe Erbverträge c. 14.

II.

Streitig ist, welchen Einfluß auf die Delation der Erbschaft die Regel habe: Nemo pro parte etc., wenn neben dem Erbvertrage ein Testament vorhanden ist, und weder in dem Erbvertrage noch in dem Testamente über das ganze Vermögen des Erblassers Bestimmung getroffen ist.

Einige meinen, in solchem Falle werde die Intestaterbfolge ausgeschlossen; wenn über einen Vermögenstheil im Erbvertrage und im Testamente nichts bestimmt sei, so accrescire der Rest dem Testamentserben.

Beseler, Erbverträge Bd. 2. S. 280.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 493.

Andere meinen, unter Berufung auf die Praxis, daß der Rest dem Intestaterben zukomme.

Pufendorf, obs. T. 4. obs. 48.

Vergl. über die Regel: Nemo pro parte etc.

Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie der ehel. Gütergemeinschaft S. 133.
Griesinger, Fortsetzung von Danz Th. 9. S. 97.
Huschke im Rhein. Mus. Bd. 4. Nr. 8.
Thibaut, civil. Abh. Nr. 5.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 145.
Dernburg, Beiträge zur Geschichte des röm. Test. S. 302.
Gans, das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung Bd. 2. S. 38.

III.

Streitig ist, worin der Grund der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (L. 7 D. de reg. jur. §. 5 Inst. de hered. inst. L. 15 in f. D. de inoff. test.) bestehe.

Einige erklären die Regel folgendermaßen: Testamente seien ihrer Natur nach wahre Gesetze; — dem allgemeinen Gesetze (der Intestaterbfolge) werde durch das besondere (das Testament) derogirt. Da nun zwei Gesetze über den nämlichen Gegenstand nicht nebeneinander bestehen könnten, so folge die juristische Unmöglichkeit eines Nebeneinanderbestehens der testamentarischen und Intestaterbfolge.

Corn. v. Byokersboek, obs. jur. Rom. lib. 2. c. 2.
Huschke im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 292.
Haubold, de causis cur idem et intestato decedere non possit (Lips. 1788) §. 7.

Andere berufen sich auf eine für das Recht des Testamentserben sprechende Rechtsvermuthung, daß der Testirer demselben das Ganze habe zuwenden wollen.

Leyser, med. ad P. sp. 361.

Andere nehmen an, der Grund der Regel habe in einer bloßen positiven Zufälligkeit gelegen. Die römischen Juristen hätten eine Anhänglichkeit an das Positive, an das Gesetz und dessen Buchstaben bewiesen, wie wir sie nicht kennten. In dem Zwölftafelgesetze nun sei bestimmt: wenn Jemand intestatus sterbe, so solle die Erbschaft in Ermangelung eines suus heres an den nächsten Agnaten kommen. Da nun derjenige nicht intestatus gestorben sei, welcher, wenn auch nur über einen Theil seines Vermögens testirt habe, so habe bei buchstäblicher Interpretation des Gesetzes auch die Intestatsuccession nicht eintreten können, mithin der unvollständig eingesetzte Testamentserbe Alles erhalten müssen. Daran habe man denn unverbrüchlich festgehalten, und so sei man dahin gekommen, den obigen Rechtssatz für etwas sehr Natürliches, oder ein Zusammentreffen beider Delationsgründe in Beziehung auf dieselbe Verlassenschaft für einen natürlichen Widerstreit zu erklären.

Duarenus, de jure accresc. lib. 1. c. 2.
Thibaut, civil. Abh. Th. 2. S. 73—78.

Andere wollen die Regel aus der Form des Mancipationstestaments und aus der Untheilbarkeit oder Einheit der dadurch mancipirten familia ableiten.

Haubold, de causis cur idem et intestato §. 9.
Wenck in der Praef. zu dem ersten Bande von Haubold's opusc. p. 38.
Dernburg, Beiträge zur Gesch. des röm. Testam. S. 311.

Andere gehen von folgenden Sätzen aus: das Recht einer Person habe zwei Hauptrichtungen, die persönliche Freiheit (caput) und die vermögensrechtliche Freiheit; auf beide bezögen sich die Ausdrücke jus und familia (L. 195. §. 1 D. de verb. sign.) und beide gehörten zur Person, könnten daher, so lange der Mensch lebe, auch nicht als getrennt gedacht werden, weshalb denn die Vermögensfreiheit nicht veräußert werden könne, sondern beim Leben des Menschen nur mit der persönlichen Freiheit zugleich (capitis diminutio) verloren gehe. Sterbe der Mensch, so trennten sich beide Richtungen, und nur die vermögensrechtliche Person bleibe als hereditas auf der Erde zurück; sie bilde nun zwar eine Sache, ohne indessen den Begriff einer Person zu verlieren, denn „hereditas personae vice fungitur“ etc. Aber als Sache sei sie jetzt etwas Theilbares, beim Leben des Erblassers sei sie dies nicht, sondern sie falle als familia mit der persönlichen Freiheit zusammen, könne mithin ebensowenig wie das persönliche Dasein selbst getheilt gedacht werden. Familia und hereditas seien also an sich zwar das nämliche Object, allein die familia werde erst nach des Erblassers Tode zur hereditas; bis dahin sei sie die vermögensrechtliche Person des Erblassers, folglich mit ihm Eins und, so wie er selbst, untheilbar. Wenn nun das Gesetz der Person gestatte, über die familia bei ihren Lebzeiten, aber auf den Todesfall zu verfügen, so sei dadurch von selbst die gesetzliche Erbfolge vollständig ausgeschlossen. Dürfe Jemand über seine eigene Persönlichkeit disponiren, so falle nothwendig das verfügende Subject und das Object der Verfügung zusammen, oder, auf dieselbe Weise, wie die vermögensrechtliche Person des Erblassers untheilbar sei, müsse es auch der verfügende Wille sein: Hieraus folge dann von selbst, daß keiner der verschiedenen Delationsgründe eine Concurrenz leide, sondern jeder ausschließlich oder gar nicht wirksam sei.

Huschke im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 271—298.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 150.

IV.

Streitig ist, welche Wirkung jene Regel: Nemo pro parte etc. ohne Concurrenz eines Erbvertrages dann habe, wenn der Testirer ausdrücklich erklärt, daß sein Erbe schlechterdings nicht mehr als den genannten Theil haben solle, ohne des Uebrigen halber eine Verfügung zu treffen.

Die Meisten nehmen an, daß auch gegen den unzweifelhaft erklärten Willen des Testirers der eingesetzte Erbe Alles erhalten müsse, daß mithin die beschränkende Bestimmung allemal als nicht vorhanden anzusehen sei. Es könne also der Testator selbst durch ausdrückliche Anordnung nicht bestimmen, daß keine Accrescenz eintreten soll.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 295.
Arndts daselbst Bd. 3. S. 921.
Thibaut, System Bd. 2. §. 824.
Schweppe, röm. P.-R. §. 879.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 513.

Andere meinen, es folge weder aus den Gesetzen noch aus allgemeinen Auslegungsregeln, daß auch gegen den erklärten Willen des Testators die beschränkende Bestimmung des Testirers als nicht vorhanden angesehen, mithin das Accrescenzrecht eintreten solle.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 168.

Vergl. hiergegen

Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6. S. 298.

Jene Regel wolle nur sagen, daß eine Concurrenz zwischen Testaments- und Intestaterben nicht vom Erblasser selbst ausgehen, daß also, wie ja auch der wörtliche Ausdruck der Regel laute, Jemand nicht zugleich testatus und intestatus versterben könne. So kämen mehrere Fälle, namentlich bei der querela inoff. testam. vor, in denen durch nachherige, von dem Willen des Testators unabhängige Ereignisse eine Concurrenz der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt werde, und dieses seien keine Singularitäten.

v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 397.
Seuffert im civil. Archiv B. 3. S. 218.

Andere meinen, das Verbot des Accrescenzrechtes begründe für die Intestaterben ein Fideicommiß der vacanten Erbportion.

Vinnius, select. quaest. lib. 2. qu. 2.
Westphal, von Testamenten §. 252.
Glück, Pand. Bd. 9. S. 184.
Langebeck in lib. aliquot annot. c. 5.

Präjudiz 1.

M. L. war mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, in welchem er ein jedes seiner 6 Kinder in den Pflichttheil, in den übrigbleibenden Theil aber, mit Ausschluß seiner Töchter L. und E. M., seine Söhne J. F. M. und Fr. zu Erben eingesetzt hatte. Die Letzteren traten die Erbschaft aus diesem Testamente an und wurden in den Besitz derselben gesetzt. Die Töchter aber stellten gegen ihre Brüder die querela nullitatis testamenti an, indem der väterliche letzte Wille durch ungestümes Zureden von ihnen erschlichen und gewissermaßen erzwungen sei, und verlangten, mit den Verklagten in gleichen Theilen zur Intestaterbfolge in das väterliche Vermögen gelassen zu werden.

Rechtskräftig wurde interloquirt:

die Klägerinnen haben zu beweisen, daß das Testament ihres Vaters durch ungestümes Zureden von Seiten der Verklagten erschlichen und Testirer gezwungen sei, seinen letzten Willen, wie geschehen, einzurichten.

Der Beweis wurde durch Eidesdelation angetreten, und in dem Termin erschienen die Brüder J. und F. und leisteten den Eid, die beiden Brüder M. und Fr. erschienen nicht und wurden als solche beurtheilt, welche nicht schwören wollen oder können.

Ueber den Grundsatz: Nemo pro parte testatus etc. sprach sich der oberste Gerichtshof (Würzburg) aus: Die Natur des im Streit befangenen Rechtsverhältnisses fordert keine Einheit des Erfolgs; auch wird die auszusprechende Concurrenz der Testaments- und Intestaterbfolge zum Grundsatz Nemo pro parte testatus etc. durchaus nicht verletzt, vielmehr ist diese Concurrenz in solchen Fällen durch deutliche Gesetze verordnet.

L. 15. §. 2 de inoff. test.

Deshalb wird erkannt: das Testament des M. L. besteht in Rücksicht der Verklagten J. und F. dergestalt zu Recht, daß sie den vollen Betrag des ihnen zugedachten Vermögens erhalten, und die Klägerinnen in soweit mit ihrer Klage abgewiesen werden. — In Rücksicht der Verklagten M. und Fr. ist das Testament für nichtig zu halten, und das nach Abzug obiger testamentarischer Erbportionen übrig bleibende Vermögen unter den letzterwähnten Verklagten und den beiden Klägerinnen als Intestaterben zu vertheilen.

Seuffert, im civil. Archiv Bd. 3. S. 211 f.

V.

Streitig ist, ob — abgesehen von Transmissions- und Substitutionsfällen — von mehreren in einem Erbvertrage eingesetzten Erben der Eine die Erbportion in Anspruch nehmen könne, wenn der Andere weggefallen ist?

Vergl.

Kreitmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. 3. Cap. 11. §. 1. Nr. 6.
Maurenbrecher, Lehrb. d. deutsch. Rechts Bd. 2. §. 562. Not. v.
Glück, Pand. Bd. 6. S. 555.
Beseler, Erbvertr. Bd. 2. S. 281.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 41.

mit

Hommel, Rhapsod. quaest. 5. 619.

Siehe auch Anwachsungsrecht c. 12 und Erbvertrag c. 12.

VI.

Wenn in einem Erbvertrage der Testirer einen Theil seines Vermögens zur freien Verfügung sich vorbehalten hatte, so ist streitig, wem der vorbehaltene Theil zufällt, wenn der Erblasser sich seines Rechts, darüber zu verfügen, nicht bedient hat.

Einige meinen, das Vorbehaltene falle an die Intestaterben, ausgenommen, wenn der Vertrag de universa hereditate in modum ultimae voluntatis concipirt sei; dann trete der für die Testamente geltende Grundsatz des Accrescirens ein.

S. Stryk, tract. de success. ab intest. diss. 8. c. 5. §. 20.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 41.

Andere meinen, das Vorbehaltene falle stets dem Vertragserben zu.

Pufendorf, obs. jur. T. 4. 48.

Dieser Ansicht treten die kalenbergische Justizcanzlei und das OAG. zu Celle bei.

Beseler, Erbvertr. Bd. 2. S. 289.

Andere unterscheiden, ob der Vorbehalt eine Quote

der Erbschaft betraf, oder nur eine bestimmte Summe oder einzelne Sachen. In den beiden letzten Fällen sei eigentlich dem Erblasser für die Zukunft die Befugniß eingeräumt, dem Vertragserben sein Erbrecht so zu beschränken, wie es auch sogleich bei dem Abschluß des Hauptvertrags durch die Auflage bestimmter Vermächtnisse hätte geschehen können. Denn gesetzt auch, daß über die einzelnen Sachen testirt werde, so trete doch der heres in re certa in Concurrenz mit dem Universalsuccessor, wenigstens dem Effect nach, bloß als Vermächtnißnehmer auf, L. 13 C. de hered. inst. Mache nun der Erblasser gar keine Verfügung über das Reservat, so komme der Vertragserbe dadurch in dasselbe Verhältniß, als wenn ein von Anfang an bestimmtes Vermächtniß weggefallen wäre; sein beschränktes Recht werde wieder ein unbeschränktes. Wenn aber der Vorbehalt auf die Verfügung über eine Quote der Erbschaft gehe, so könnte man sagen, daß der Vertragserbe eigentlich nur ein heres ex parte sei, und würde es consequent erscheinen, den Intestaterben die leer gebliebene Quote zuzusprechen, allein es sei etwas Anderes, ob der Vertragserbe durch ausdrückliche Beredung nur auf eine Quote, oder ob er als heres ex asse eingesetzt sei mit dem Vorbehalt, sich eine spätere Beschränkung seines Erbrechts auf eine Quote des Nachlasses gefallen zu lassen. Wenn der Erblasser in diesem Falle von seiner Befugniß, noch einen anderen Erben neben jenem zu berufen, keinen Gebrauch gemacht habe, so handle es sich nicht um den Zuwachs einer vacant gewordenen Erbportion; es sei vielmehr nur ein Recht, welches hätte beschränkt werden können, unbeschränkt geblieben. Die entgegenstehende Entscheidung würde davon ausgehen müssen, daß ein solcher Vorbehalt wenigstens mittelbar zu Gunsten der Intestaterben gemacht worden sei, was doch nicht in der Natur des Geschäfts liege. Denn wenn schon der Erblasser durch das Abschließen eines Erbeinsetzungsvertrags keine günstige Absicht für seine gesetzlichen Erben ausspreche, so sei man auch nicht berechtigt, eine solche aus der unterlassenen Verfügung über die freie Quote seines Nachlasses zu folgern. Es scheine vielmehr daraus hervorzugehen, daß er sie auch später nicht habe bedenken wollen, wenn er auch jenen Vorbehalt vielleicht gemacht habe, um sich die Möglichkeit dazu frei zu halten.

Beseler, Erbvertr. Bd. 2. S. 289.

In diesem Sinne, daß das freigebliebene Reservat dem Vertragserben zufalle, ist am 10. März 1758 vom Reichskammergericht entschieden worden.

Cramer, Wetzlarsche Nebenst. Bd. 11. Nr. 8.

Dagegen hat die königl. sächsische und österreichische Gesetzgebung die vorbehaltene pars quota den Intestaterben überwiesen.

Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 41.

VII.

S t r e i t i g i s t , o b d i e J u d e n i n R ü c k s i c h t d e r E r b f o l g e u n t e r e i n a n d e r a n d i e V o r s c h r i f t e n d e s g e m e i n e n R e c h t s g e b u n d e n , o d e r o b d a b e i d i e D i s p o s i t i o n e n d e s m o s a i s c h e n R e c h t s u n d d i e R i t u a l g e s e t z e d e r s e l b e n ü b e r h a u p t z u m G r u n d e z u l e g e n s i n d .

Einige meinen, die Juden seien in Rücksicht der Erbfolge an die Vorschriften des gemeinen Rechts gebunden, wo nicht durch Landesgesetze, Privilegien und Observanzen das Gegentheil vorgeschrieben ist, L. 8 C. de Judaeis et coelicolis.

G. L. Böhmer, de off. et potest. Rabbini §. 3.
Struben, rechtl. Bed. Th. 3. Nr. 65.
Hommel, Rhapsod. obs. 556.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 23.
Glück, Pand. Th. 1. S. 154.
Eichhorn, d. P.-R. §. 82.
Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 200.

Andere meinen, daß alle die jüdische Religion und die gottesdienstliche Einrichtung betreffenden Sachen aus jüdischen Kirchengesetzen entschieden werden müßten, und dies finde auch statt bei solchen Gegenständen des bürgerlichen Rechts, welche mit der Religion der Juden in Verbindung stehen. Dahin gehörten unter Anderem die Erbschaftssachen. Sie succedirten z. B. nach Stämmen, nicht nach Köpfen; bei ihrer Intestaterbfolge schließe in dem nämlichen Grade das männliche Geschlecht das weibliche aus; das erstgeborene Kind männlichen Geschlechts habe vor den anderen wiederum Vorzüge. Die Juden nämlich sähen ihre mosaischen Erbschaftsgesetze als unveränderliche göttliche Gesetze an, zu deren heiliger Beobachtung sie sich im Gewissen gebunden glaubten. Es könne deshalb die insgemein angenommene Regel, daß die Erbschaftsfälle der Juden lediglich nach dem Landes- und gemeinem Rechte zu entscheiden seien, nur unter der Einschränkung zugegeben werden, sofern diese Rechte mit den mosaischen Erbschaftsgesetzen nicht im Widerspruch ständen. Denn außerdem sei es eben darum, weil die Religion der Juden mit solchen Sachen in Verbindung stehe, der Gewissensfreiheit gemäß, daß sie zuvörderst nach dem mosaischen Rechte beurtheilt würden; dieses müßte hier den Particularrechten und Statuten gleichgeschätzt werden.

Pfeffinger, Vitriar. illustr. T. 3. lib. 3. tit. 17. §. 87.
Hildebrand, jurisdictio universa sec. mores hodiernos compendiose considerata c. 18. §. 4.
Beck, tractat. de juribus Judaeorum c. 4. §. 4. u. c. 16. §. 5.
Wiederhold, diss. de Judaeis §. 8.
Runde, deutsches P.-R. §. 644.
Hofacker, princip. jur. civ. §. 343.
Leyser, spec. 421. corr. 1.
Geiger u. Glück, merkwürdige Rechtsf. Bd. 2. S. 183.
Dabelow, deutsches P.-R. §. 442.
Estor, deutsche Rechtsgelahrtheit §. 2935.

Präjudiz 1.

Der Magistrat zu Eimbeck legte in S. Jacob c. Jacob am 13. März 1803 der Klägerin den Beweis dahin auf: daß nach jüdischen Gesetzen der Halbbruder, mit Ausschluß der rechten Schwester, seine Halbschwester beerbe, und solche Gesetze nach allgemeiner hiesiger Landesobservanz in Erbschaftsstreitigkeiten unter den Juden zum Grunde der Entscheidung gelegt würden. Die hannoverische Justiz-Canzlei erweiterte diesen Beweis mittelst Rescripts vom 2. Juni 1804 dahin: Wenn Appellantin behuf des Beweises, daß nach allgemeiner Observanz unter den Juden nach den jüdischen Gesetzen erkannt werde, sich auf die

Zeugnisse der Gerichte berufen, so könne ihr nicht versagt werden, dieselben annoch beizubringen.

Das höchste Tribunal bestätigte diese Erkenntnisse unterm 18. Dec. 1804.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 23.

Präjudiz 2.

Das OAG. zu Cassel entschied unterm 11. Mai 1822:

In Erwägung, daß die Juden als solche unter einander nur eine kirchliche Gemeinheit bilden, und daher ihre bürgerlichen Rechtssachen, sie mögen unter sich oder mit Anderen streiten, mithin auch ihre ehelichen und Erbschaftsstreitigkeiten nicht nach den Gesetzen und Gewohnheiten des jüdischen Volks, sondern nach dem Civilrechte des Staates, worin sie leben, zu beurtheilen sind, woraus für den vorliegenden Fall folgt, daß die Mutter der Appellanten (welche in zweiter Ehe verheirathet war) von ihrem Nachlasse dem Appellaten nicht mehr, als den Erbschaftsantheil eines Kindes erster Ehe zuwenden konnte; weshalb die fraglichen Ehepacten, insofern sie dem Appellaten größere Vortheile zusicherten, ungiltig sind, und die Appellanten auf Verabfolgung ihrer Antheile des mütterlichen Nachlasses, wozu auch der gesetzlich bestimmte dritte Theil des Erwerbs zweiter Ehe gehört, rechtlichen Anspruch haben ꝛc.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 147.

Das OAG. Cassel erkannte unterm 28. Juni 1823:

In Erwägung, daß das behauptete Gewohnheitsrecht, vermöge dessen der Mann über das Erbrecht seiner Frau ohne deren Mitwirkung mit ihrem Vater zu contrahiren befugt sein soll, als mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von Verträgen im Widerspruch stehend, selbst wenn dessen factische Erfordernisse als vorhanden nachzuweisen ständen, nicht zu berücksichtigen sein würde, ohnehin auch in Betreff der lediglich civilrechtlichen Verhältnisse der Israeliten nirgends deren Gewohnheiten als Rechtsquelle anerkannt sind ꝛc.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 150.

Präjudiz 3.

In der Proeeßsache des Kammeragenten Selig Herz Emanuel zu Arolsen c. Rudolph Bernhard in Cassel wegen Erbschaft hatte das in erster Instanz urtheilende fürstlich Waldeck'sche Justizamt dem Kläger den Beweis vorbehalten:

„daß nach jüdischem Rechte bei der Intestaterbfolge in gleichem Grade das weibliche Geschlecht von dem männlichen ausgeschlossen werde, nnd dieses Gesetz, mit Ausschluß der civilrechtlichen Erbfolge, hier Giltigkeit erlangt habe."

Dieser Beweis wurde durch ein Erkenntniß des Hofgerichts zu Gorbach vom 13. Oct. 1842 aufgehoben und dessen Entscheidung in letzter Instanz aus folgenden Gründen bestätigt:

1) Weder die Landesgesetze, noch das allgemeine deutsche Recht enthalten über die Frage der Anwendbarkeit des mosaischen Rechts bei Successionsfällen eine ausdrückliche Bestimmung, folglich muß auf das römische Recht zurückgegangen und besonders die Vorschrift der

C. 8 de Judaeis 1, 9

berücksichtigt werden.

2) Wenn auch rücksichtlich dieser Gesetzesstelle die Lesart: „quae non tam ad superstitionem — pertinent", als mit der C. 10 C. Theod. de jurisd. et abi quis conv. deb. 2, 1 übereinstimmend, für die richtigere anzunehmen sein möchte, darf doch das Wart „superstitio" nicht in einem so ausgedehnten Sinne, daß es auch die Erbschaftsangelegenheiten umfaßte, gedeutet, vielmehr nur auf den religiösen Glauben und den Gottesdienst der Israeliten bezogen werden.

3) Für diese Deutung ist nicht nur die Bestimmung des

fr. 15 §. 6 de excusat. 27, 1:

„constitutiones in iis sulis sine molestia eos (Judaeos) esse jubent, per quse cultus inqninari videtur",

sondern auch der fernere Inhalt der C. 8 cit. anzuführen, durch welchen den causis, quae ad superstitionem eorum (Judaeorum) pertineat, diejenigen, „quae ad forum et leges ac jura pertineat", entgegengesetzt werden, indem zu diesen ohne Zweifel auch die hereditates intestatorum, über welche schon das Zwölftafelgesetz Bestimmungen enthielt,

§. 1 Inst. de hered. quae ab intestato defer. 3, 1.

und die testamenti factio gehören.

fr. 3 qui testam. facere poss. 28, 1.

C. 13 de testam. 6, 23.

4) Die Unverbindlichkeit des mosaischen Rechts bei Erbschaftsfällen wird von den Israeliten selbst thatsächlich anerkannt, indem sie, wie die Erfahrung lehrt, durch Testamente, Ehestiftungen ꝛc. über ihre künftige Verlassenschaft nicht jenem, sondern vielmehr dem gemeinen Erbrechte gemäß zu verfügen pflegen.

5) Wenn übrigens noch irgend ein Zweifel über die richtige Deutung der

C. 8 cit.

übrig bleiben könnte, würde doch dem von dem judicio a quo selbst attestirten Gerichtsgebrauche —, mit welchem auch die gleichmäßigen Entscheidungen der höchsten Gerichte benachbarter Länder übereinstimmen, — nachzugehen sein.

Erk. des OAG. Wolfenbüttel vom 8. Oct. 1844.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 254.

VIII.

Ueber die Frage, nach welchem Zeitpunkte, ob nach der Delation der oder Acquisition, sich der Maaßstab der Vertheilung der Erbschaft richte, s. Anwachsungsrecht c. 3.

Delation der Erbschaft, s. auch Notherbenrecht D. c. 1; desgl. Intestaterbfolge, zweite Klasse c. 13.

Dies incertus, s. Bedingung c. 6; desgl. Zeitverhältnisse c. 1 u. 2 und Erbeseinsetzung c. 5.

Divisio parentum inter liberos *).

Harprecht, de divisiane bonorum inter liberos etc. (1702).

Wildvogel, comm. de divisione parentum inter liberos.

Frankenfeld, de discrimine nudae divisionis et testam. int. lib. sect. II. §. 9—15 u. 25.

Schröder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus cap. 3.

Euler, de test. et divisione parent. int. lib. P. 2. §. 79 sq.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 231 f.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 863 f.

I.

Streitig ist, was unter der divisio parentum inter liberos eigentlich zu verstehen sei.

Einige erklären sie für eine Erbtheilung, wobei die Kinder als Intestaterben gedacht werden — hic non ordo succedendi mutatur, sed modus divisionis hereditatis tantum seeuratius definitur.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1483.

Höpfner, Institut. §. 460 a. E.

Schröder, diss. de privilegiatis parent. inter lib. disp. §. 23.

Frankenfeld, de discrimine nudae divis. etc. §. 9.

Günther, princ. §. 782.

Euler, de test. et divis. parent. inter lib. §. 82.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 102.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.

Andere meinen, wenn auch bei der divisio parentum

*) Siehe den Artikel testamentum parentum inter liberos, wo die betreffenden Gesetze u. s. w. speciell behandelt sind.

inter liberos gewöhnlich Intestaterbrecht vorausgesetzt werde, so sei es doch nicht unmöglich, daß Jemand ein Testament gemacht, und in demselben seine Kinder eingesetzt habe, nachher aber das Vermögen oder einzelne Theile unter seine Kinder vertheile.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 232.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 864.
Göschen, Vorles. Bd. 5. §. 902.

Präjudiz 1.

Wenn ein Vater in einem, mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungsvertrage einem anderen Kinde eine Abfindung gesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß aus einem Vertrage, welcher den Vortheil eines Dritten zum Gegenstande hat, der Dritte ein Recht nur unter der Voraussetzung erlange, daß er entweder an der Schließung mittelbar oder unmittelbar Theil genommen hat, oder demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. Denn die in Frage befindliche Willenshandlung, durch welche dem einen Kinde vertragsmäßig das väterliche Gut überlassen wird, indem zugleich Hinauszahlungen an die Geschwister des Gutsannehmers bestimmt werden, ist als eine väterliche Verfügung nach Art der divisio parentum inter liberos anzusehen. An dem Wesen dieser anticipirten Erbvertheilung wird dadurch nichts geändert, daß eines der Kinder dabei zugezogen wird, das andere aber nicht. Der Vater begnügt sich, dasjenige Kind, dem er das Gut zugedacht hat, und welches an seine Geschwister Zahlungen leisten soll, zuzuziehen, um sich der Ausführung seines Willens zu vergewissern; die übrigen Kinder sind aber nicht dritte Personen, deren Vortheil Gegenstand eines zwischen anderen Hauptparteien geschlossenen Vertrages ist, da vielmehr alle Kinder als gleich Berechtigte sich darstellen.

Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin vom 22. Juni 1846.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 78.

Präjudiz 2.

Eine Voraussetzung der Wirksamkeit von Verfügungen dieser Art ist der Eintritt der Intestaterbfolge. „Es nahm der Gesetzgeber nämlich an, daß in der Regel ein Vater unter seinen Kindern und Enkeln die gesetzliche Erbfolge werde eintreten lassen, also nur aus besonders wichtigen Gründen eine testamentarische Anordnung mache. In dieser Voraussetzung wollte er nicht, daß eine solche ernste und feierliche, auf voller und mehrmaliger Ueberlegung beruhende Handlung (d. h. die testamentarische Anordnung) durch einen bloßen Privataufsatz unwirksam gemacht werden könne, sondern erforderte dazu die Beachtung dessen, was sonst über Abänderung letzter Willensverordnungen vorgeschrieben ist. Anders war es bei der Intestaterbfolge. Hier ward die Theilung als eine Handlung betrachtet, die unbeschadet der natürlichen und gesetzlichen Erbfolge, als eine Handlung unter Lebenden vorgenommen wurde. Dem theilenden Vater glaubte man am sichersten die Ausgleichung und das Ermessen überlassen zu können, wenn er im voraus gewisse Stücke des Nachlasses einzelnen seiner Kinder anwies, oder die ganze Vertheilung desselben vornahm. Er verrichtete hierbei gleichsam das Geschäft des arbitri dividendae hereditatis, welches seinen Händen ohne Beschränkung — mit Ausnahme der Berücksichtigung des Pflichttheils — anvertraut wurde. Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est, dummodo non minus is, qui pietatis sibi conscius est, partis, quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex judicio parentis obtineat. Const. 8 de inoff. test. 3, 28. Daneben schien es natürlich, daß die Kinder den Willen ihrer Eltern ehren, und sich einer solchen im voraus gesprochenen Theilung, auch wenn sie nicht ganz gleich wäre, ohne Streit fügen würden, und ebenso wird dieses vermieden, wenn die Kinder selbst unter Genehmigung des Vaters die Division vornehmen. Nach dieser Ansicht gestattete das römische Recht diese Art der letztwilligen Disposition, wenn kein früheres Testament vorhanden war. Dies sagt der aus dem Cod. Theodos. lib. 2. tit. 24. c. 1 entlehnte Text der C. 26 fam. hercisc. 3, 36, der ausdrücklich der Intestaterbfolge erwähnt — „licet ab intestato ad successionem vocentur“ — und dies bestätigt die neuere Gesetzgebung Justinian's (Nov. 18. c. 7 u. Nov. 107. c. 3), welche rücksichtlich aller wesentlichen Bestimmungen der ältern Gesetzgebung nichts abändert.“

Erk. des OAG. zu Parchim.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 100.

Präjudiz 3.

Die Gesetze schreiben es nicht als ein Erforderniß der divisio inter liberos vor, daß die Kinder, unter welchen eine Sache getheilt wird, gerade Erben der Eltern sein müßten.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30. Nov. 1835, in S. Wedemeyer c. Lameyer.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 32.

Präjudiz 4.

In der Sache selbst hat Klägerin zur ersten Beschwerde des Beklagten in der Submissionsschrift gegen das Document vom 2. April 1818 aus äußeren und inneren Gründen Anfechtungen erhoben. Allein in der Replik hat sie das Vorhandensein dieser Urkunde eingeräumt; wenn dasselbe nun auch nicht als eine formgerechte Notariatsurkunde betrachtet werden könnte, so genügt zu dem gegenwärtigen Zwecke auch schon deren Eigenschaft als Privaturkunde, welche auf jeden Fall vorhanden ist. Als Privaturkunde kann aber das Document, wenn darin auch einige ungiltige Bestimmungen vorkommen möchten, z. B. die dem Hofe auferlegten Leibzuchten, welche die Confirmation nicht erhalten haben, soweit sich darin eine divisio parentis inter liberos findet, aufrecht erhalten werden, weil eine solche Theilung auch in einer Privaturkunde errichtet werden kann. Es genügt dazu ein vom parens unterschriebener schriftlicher Aufsatz.

Nov. 107. c. 3.
Nov. 18. c. 7.

Daß Gleichheit der Vertheilung unter den Kindern, — deren Eigenschaft als Intestaterben vorausgesetzt — beobachtet werde, ist nicht erforderlich,

L. 16. L. 21 C. fam. hercisc. 3, 36.
Hofacker, princ. jur. Tom. II. §. 1390.
Barth, Dissertat. Th. 4. S. 91 f.

und wenn auch fremden Personen darin nichts zugewandt, sondern derartige Bestimmungen zu Gunsten der Kinder cessiren,

L. 26 in f. C. fam. hercisc.
L. 21. §. 1 C. de testam.

so folgt daraus nicht, daß nicht das Uebrige nach der Regel: utile per inutile non vitiatur aufrecht erhalten werden könnte. Es versteht sich nach sonstigen allgemeinen Regeln, daß der parens in einer solchen Bestimmung über die eigenen Sachen seiner Kinder und Intestaterben keine giltigen Verfügungen treffen könne, allein daraus würde nach der obigen Regel nicht folgen, daß nicht seine Theilung seines Nachlasses, der von ihm auf die Kinder als Intestaterben fällt, Giltigkeit hätte, insofern nur der Pflichttheil der Kinder unverletzt bliebe. Letztes ist aber rücksichtlich des verstorbenen Bruders der Parteien, Andreas Borrmann, zu behaupten, und wenn in dem Documente gesagt ist, daß dessen Vermögen zur Hälfte in den Hof zurückfallen solle, so ist Grund genug vorhanden, dies nur auf seine väterliche Intestatportion zu beziehen, weil der Vater es muthmaßlich wußte, daß Andreas Borrmann außer derselben kein eigenes Vermögen habe, und bei Rechtsgeschäften, insbesondere letzten Willensbestimmungen, vorzugsweise auf die Absicht derselben zu sehen ist,

L. 35. §. 3 de hered. instit. 28, 5.
L. 16 C. de fideic. 6, 42.

und wenn er auch sonst noch Vermögen gehabt hätte, die väterliche Bestimmung doch wenigstens in Ansehung der väterlichen Intestatportion nicht unwirksam zu sein brauchte, und also auch dafür nicht erkannt werden könnte. Da der Vater bei seiner Bestimmung nur den Pflichttheil und die Quart des Andreas Borrmann zu schonen brauchte, und deshalb gleich von vorn herein, und ohne dies a quo dem Hofbesitzer von dem vorhandenen Capital zu 1000 Thlr. — 300 Thlr. zuwenden konnte, so konnte er auch eine dem Andreas Borrmann vortheilhafte Zeitbestimmung hinzufügen, ohne dadurch die ganze

Bestimmung zu gefährden. Mehr ist aber dadurch, daß der Rückfall der fraglichen 300 Thlr. an den Hofsbesitzer, an die Zeit des Todes des Andreas Borrmann geknüpft ist, nicht geschehen. Das jud. a quo hat daraus Bedenken entnommen, daß die Zuwendung an den Hof geschehen; allein daraus würde nur eine Ungültigkeit der Zuwendung folgen, wenn der Hof als eine dritte Person angesehen werden müßte, und nicht bloß eine ungenaue Bezeichnung für den Verklagten wäre. Denn da der Hof keine juristische Persönlichkeit ist, oder hat, und also auch keine dritte Person sein kann, gleichwohl der Erblasser bei jener Bezeichnung sich eine bestimmte Person gedacht haben muß, so ist nur zu erforschen, welche Person er sich darunter vorgestellt habe. Ohne allen Zweifel zunächst den Verklagten selbst, und soweit als solches geschehen, mußte sein Wille aufrecht erhalten werden.

L. 22 pr. D. d. usu et habit. 7, 8.

arg. L. 80 D. d. verb. obl. 45, 1.

Etwaige Gedanken des Erblassers über den Verklagten hinaus, an dessen Hofsnachfolger ex titulo generali oder gar speciali, sind von dem Erblasser nicht in bestimmte Vorschriften eingekleidet, welche den Verklagten verhindert hätten, über die fraglichen 300 Thlr. zu verfügen, und welche ihn genöthigt hätten, dieselben seinem Nachfolger im Hofe aufzubewahren, und mit dem Hofe abzutreten, wie er denn solches auch nicht gethan hat.

Der Verklagte hatte freie Hand, seinem Nachfolger im Hofe die Bedingungen der Annahme desselben vorzuschreiben, und der Nachfolger im Hofe hat wegen der 300 Thlr. kein Klagerecht, wenn ihm dasselbe nicht vom Verklagten vertragsweise oder auf andere Weise eingeräumt ist. Daraus folgt, daß der Anspruch auf jene 300 Thlr. zwar dem Verklagten als Hofesnachfolger zu Theil geworden, von ihm aber nicht weiter transferirt, sondern bei ihm stehen geblieben ist, und wenn gefolgert wird, daß der Anspruch auf jene 300 Thlr., weil solcher durch die Bestimmung des Erblassers seinem zweiten Nachfolger im Hofe habe zu Theil werden können, auch dem Verklagten nicht erwachsen sein könne, so geht solches zu weit. Höchstens würde doch angenommen werden können, daß die fraglichen 300 Thlr. dem Verklagten mit einer Art fideicommissarischer Bestimmung, „solche seinem Nachfolger im Hofe zuzuwenden", zu Theil geworden seien, was jedoch, anderer Gründe zur Wirksamkeit einer solchen Bestimmung nicht zu gedenken, auf eine unzulässige replica de jure tertii hinauslaufen würde.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel v. 13 Dec. 1849, in S. Boermann c. Bertram, wegen Erbschaft.

Dieses Erkenntniß wurde vom OAG. durch Bescheid vom 17. Mai 1850 bestätigt, aus folgenden Gründen:

Da, zur ersten Beschwerde, die thatsächliche Anerkennung der in Frage gekommenen Disposition des verstorbenen Vaters der Litiganten von Seiten der Betheiligten, und namentlich des im Jahre 1846 auf dem Hofe verstorbenen H. Andreas Borrmann diesem und folglich auch dessen Erben bei späterer Anfechtung solcher Verfügungen wegen etwaiger formeller oder materieller Mängel entgegengestanden haben würde,

L. 16. §. 1 C. de test. 6, 23.

L. 2. L. 23 C. de fideic. 6, 4.

gegen die Rechtsförmlichkeit des vom Notar N. am 2 April 1818 aufgenommenen Notariatsinstruments erhebliche Ausstellungen sich auch nicht begründen lassen, und weil nicht bestritten ist, daß der weiland Kothsaße Andreas Borrmann die protocollirten Erklärungen, so wie sie bezeichnet worden, wirklich abgegeben habe, dessen Disposition jedenfalls die Bedeutung einer Theilung der Eltern unter Kindern haben muß,

Nov. 18. c. 7.

Nov. 107. c. 3.

indem dadurch eine Vertheilung des Vermögens, resp. des künftigen Nachlasses vorgenommen wurde, bei welcher das gesetzliche Intestaterbrecht der Kinder bestehen geblieben, und das hauptsächlichste Vermögensstück, der Hof sammt Zubehörungen und Inventarien dem Verklagten sogleich und schon vor dem Tode des Disponenten überwiesen, und in so weit die beabsichtigte Theilung vom Disponenten selbst sofort vollzogen worden ist;

die bei Anweisung des Erbtheils für Heinr. Andreas Borrmann hinzugefügte Nebenbestimmung:

> daß derselbe die Hälfte seines Vermögens im Hofe zu lassen verpflichtet sei, und ihm nur über die andere Hälfte zu disponiren frei stehen solle,

ein diesem Heinr. Andreas Borrmann auferlegtes Fideicommiß zum Besten des Hofeserben Johann Heinr. Boermann enthält,

L. 114. §. 14 D. de leg. I. 30.

L. 38. §. 4 D. de leg. III. 32.

als Entschädigung dafür, daß dieser seinen genannten Bruder auf Lebenszeit frei auf dem Hofe unterhalten sollte, was er dann auch theils selbst, theils dadurch, daß er den Hof mit der Alimentationspflicht auf seine Tochter übertragen, gethan, und seinen Bruder, welcher bis zu seinem Tode auf dem Hofe unterhalten worden ist, überlebt hat, so daß die Bedingung der Wirksamkeit des Fideicommisses als eingetreten zu betrachten ist, dergestalt, daß die Entrichtung dieses Fideicommisses an die Erben des Verklagten nunmehr nach Verhältniß dessen Erbtheils gefordert werden kann,

L. 11. §. 6. L. 41. §. 13 D. de leg. III. 32.

daß eine Verletzung des dem Heinr. Andreas Boermann gebührenden Pflichttheils durch Anordnung des fraglichen Fideicommisses geschehen sei, überall nicht behauptet worden ist,

und die in Frage stehende Disposition des Vaters der Parteien als letztwillige, und soweit sie hier zur Beurtheilung kommt, der obrigkeitlichen Confirmation nicht bedurft hat,

so wird abgeschlagen ꝛc.

Präjudiz 5.

Die Ehegatten zu Friedrichsfeld errichten eine Disposition über ihr Vermögen mit der Bezeichnung als eines im Beisein ihrer Leibeserben abgefaßten Aufsatzes und Erbvergleichs, wie solcher nach ihrem Tode sein solle; bei allen einzelnen Verfügungen ist der Ausdruck „sollen" oder „müssen" gebraucht, und die Vollziehung auf die Zeit nach der Disponenten Tode bezogen. Unter dem Aufsatz befindet sich die Erklärung der beiden Kinder der Disponenten, „daß sie dem vorgeschriebenen elterlichen Willen nachkommen wollen." Dieser Disposition zufolge soll der Sohn die den Eltern gehörigen Grundstücke, nebst Allem, was diese bei ihrem Tode hinterlassen werden, erhalten, die Tochter aber sich mit demjenigen, was sie bei ihrer Verheirathung schon empfangen, und was ihr hier noch besonders ausgesetzt worden, begnügen. Der verfügende Ehemann behält sich jedoch einen Haushalt und Portion, so lange er lebe, vor.

Nach des Vaters Tode klagt die Tochter, verehelichte L., gegen die Kinder ihres ebenfalls verstorbenen Bruders auf Zuerkennung der ihr vermöge der Intestaterbfolge zukommenden Hälfte des väterlichen Nachlasses. Die Verklagten berufen sich auf die obige Disposition, wodurch, da Klägerin solche ausdrücklich genehmigt habe, ihr Anspruch gänzlich ausgeschlossen werde, und als letztere hiergegen die Ungiltigkeit jener Disposition, möge man sie als actus inter vivos, was sie ihrem Inhalte nach sei, oder als divisio par. int. liber. betrachten, so wie der von ihr geschehenen Anerkennung wegen Ermangelung der in den Landesgesetzen für alle Veräußerungscontracte über Immobilien bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen gerichtlichen Bestätigung geltend macht, behaupten jene, daß hier eine divisio par. inter liber. vorliege, welche durch bloße Unterschrift der Eltern oder der Kinder wirksam werde, und nur, insoweit darin über das Eigenthum von Immobilien verfügt sei, einer gerichtlichen Anzeige nach der Eltern Tode bedürfe, welches letztere jedoch auch von einem Erbvertrage gelte, indem ein solcher ebenfalls erst nach dem Tode des Erblassers ein unbedingtes Erbrecht gebe.

Durch Erkenntniß des Justizamts wird die von den Verklagten vorgelegte elterliche Disposition für zu Recht beständig anerkannt, und demzufolge die Klägerin mit der Klage abgewiesen: in Betracht, daß die gerichtliche Bestätigung particularrechtlich bei Strafe der Nichtigkeit nur für diejenigen Verträge vorgeschrieben ist, durch welche das Eigenthum bestimmter Grundstücke übertragen wird, nicht aber für letztwillige Dispositionen, auch wenn sie unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben; daß aber die producirte, völlig deutliche Disposition ihrem Inhalte und der Form nach, keineswegs als eine unwiderrufliche, vertragsmäßige, sondern als letztwillige erscheint,

und auch angenommen, daß dabei nicht alle Erforderniſſe eines privilegirten Teſtaments der Eltern unter ihren Kindern, wobei es geſetzlich hauptſächlich darauf ankommt, daß der elterliche Wille nur gehörig conſtire, vorhanden ſeien, doch bei derſelben alle Erforderniſſe einer Theilung der Eltern unter Kindern beachtet ſind, für welche, als letztwillige Verfügung, die gerichtliche Beſtätigung bei Strafe der Nichtigkeit, auch in ſofern ſie unbewegliche Sachen mit zum Gegenſtande hat, durch die ſich nur auf vertragsmäßige Eigenthumsübertragungen beziehenden Geſetze nicht vorgeſchrieben iſt.

Die von der Klägerin an das Obergericht verfolgte Appellation ward zurückgewieſen, mit dem weiteren Entſcheidungsgrunde: daß der ganze Inhalt der in Frage ſtehenden Dispoſition, namentlich §. 4, wonach ſich die Disponirenden ihre Rechte bis zu ihrem Tode vorbehalten, und die am Schluſſe der Verfügung vorkommende Erklärung der Kinder, dem elterlichen Willen nachkommen zu wollen, eine letztwillige Anordnung, und ſpeciell nach dem übrigen Inhalte, eine Theilung der Eltern unter Kindern erkennen laſſe, letztwillige Verfügungen aber den Vorſchriften hinſichtlich der Beſtätigung über Immobilien nicht unterworfen ſeien.

Die Klägerin verfolgte hiergegen Appellation, hielt ſich bei deren Ausführung hauptſächlich an die in der Dispoſition gebrauchten Ausdrücke: „Anſatz und Erbvergleich", welche ein zweiſeitiges Geſchäft vorausſetzten, und behauptet die Ungiltigkeit derſelben als Teſtament der Eltern unter Kindern, weil ſie keine Erbeinſetzung enthalte, auch die vertragsmäßige Anerkennung eingemiſcht worden ſei, und als Theilung der Eltern unter Kindern, wegen Nichtbeobachtung der in der Verordnung vom 17. März 1767 §. 36, namentlich für geſchwiſterliche Gütervertheilungen und elterliche Anſatzbriefe sub poena nullitatis vorgeſchriebenen gerichtlichen Confirmation.

Das OAG. zu Caſſel beſtätigte jedoch die vorigen Erkenntniſſe am 22. Auguſt 1829:

In Erwägung, daß aus dem ganzen Inhalte der von der Appellatin beigebrachten Urkunde die rechtliche Eigenſchaft der darin enthaltenen Verfügung als einer einſeitigen letztwilligen Dispoſition unzweifelhaft hervorgeht, auf ſelbige die in der Verordnung vom 17. März 1767, §. 36 begründete Nothwendigkeit der gerichtlichen Confirmation geſchwiſterlicher Gütervertheilungen und elterlicher Anſatzbriefe, worunter nur eigentlich vertragsmäßige Geſchäfte dieſer Art zu verſtehen ſind, keine Anwendung leidet, ſo wird — abgeſchlagen.

II.

Streitig iſt, ob eine divisio parentum inter liberos auch durch Vertheilung der Erbſchaft nach Quoten erfolgen könne.

Einige bejahen dies, indem ſie erklären, die divisio parentum inter liberos ſei eine Beſtimmung der Erbſchaftsquoten, partes hereditariae, der Kinder, ohne jedoch dieſe Begriffsbeſtimmung weiter zu rechtfertigen.

Harpprecht, diss. de divisione bonorum inter liberos §. 1. Nro. 8.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1390. Nro. 2.

Andere halten dieſe Anſicht nicht für richtig; vielmehr müſſe ſie auf eine Theilung der einzelnen Vermögensgegenſtände — der Grundſtücke, des baaren Geldes u. ſ. w. — gerichtet ſein. Denn wenn die divisio auf Erbſchaftsquoten gerichtet werden dürfte, ſo unterſcheide ſie ſich nicht von dem Teſtamente der Eltern unter Kindern, während doch für beide verſchiedene Formen gelten. Ferner ſei ja der Zweck einer divisio nur auf vorläufige Feſtſtellung deſſen, was ſonſt durch eine außergerichtliche oder gerichtliche Erbtheilung beſtimmt werde, gerichtet. Das Erbtheilungsgeſchäft gehe aber nicht auf die Beſtimmung der Erbtheile, ſondern auf die Vertheilung der Vermögensgegenſtände. Darauf deuteten auch die Stellen des vorjuſtinianiſchen Rechts, welche von der divisio parentum handelten, beſtimmt hin; der Disponent greife hier dem officio des Theilungsrichters gewiſſermaßen vor, L. 20. §. 3. L. 33 D. 10, 2. L. 10. L. 21 C. 3, 36, und einzelne dieſer Stellen gedächten der Theilung einzelner Vermögensgegenſtände und Schulden ausdrücklich, L. 20. § 3. L 39. §. 1 u. 5 D. 10, 2. L. 10 C. 3, 36. Die Juſtinianiſchen Vorſchriften wieſen aber beſtimmt auf eine Vertheilung der einzelnen Vermögensgegenſtände, als den alleinigen Gegenſtand der divisio parentum, hin. So ſpreche Nov. 18. c. 7 von einem Verzeichniß der zu vertheilenden Sachen, Nov. 107. c. 3 von Vertheilung der Sachen, und in c. 1 dieſer Nov. werde die Erbeinſetzung nach Erbquoten, *σύγκισμοί*, einer Vertheilung der Vermögensgegenſtände, ſowie der Einſetzung auf res certae ausdrücklich entgegengeſetzt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 237.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 866.
Thibaut, Syſtem §. 846.
v. Bülow, Abhandl. Th. 1. S. 184.
Fritz, Entwicklung der Lehre vom Teſt. der Eltern unter Kindern S. 41.
Göſchen, Vorleſ. §. 902.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 155. §. 3.
Mackeldey, Lehrb. §. 452. Not. b.

Präjudiz 1.

Eine teſtamentariſche Verfügung, wonach ein Kind Erbe des geſammten Vermögens werden, die übrigen nicht als Erben eingeſetzten Kinder nur eine beſtimmte Summe erhalten ſollen, iſt vermöge des in der ſalvatoriſchen Clauſel enthaltenen eventuellen Willens des Erblaſſers als divisio inter liberos aufrecht zu erhalten. Denn auf Beachtung der Gleichheit der Erbtheile kommt es bei einer ſolchen Vermögenstheilung nicht an, und in gleicher Weiſe, wie im judicio familiae herciscundae der Theilungsrichter die Nachlaßſchulden dem einen der Miterben allein rechtsgiltig zuweiſen kann, ohne dadurch den Gläubigern das Recht zu entziehen, die ſämmtlichen Erben pro partibus hereditariis in Anſpruch zu nehmen, muß auch der Erblaſſer vermöge einer ſolchen letztwilligen Vermögenstheilung dazu befugt ſein.

Fr. 20. §. 3; fr. 39. §. 1 fam. herc. 10. 2.
Erk. des OAG. zu Oldenburg vom 3. Auguſt 1849, in S. Haye c. Haye.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 199.

Präjudiz 2.

Nathan Levi E. behauptete in der Klage, der gemeinſchaftliche Erblaſſer habe während ſeines Lebens unter ſeinen Kindern dergeſtalt verfügt, daß er jedem ſeiner Söhne und deren nachgelaſſenen Kindern $^4/_{11}$ und den Kindern einer vorverſtorbenen Tochter $^3/_{11}$ zugetheilt, über eines jeden Antheil eine förmliche Ceſſionsurkunde ausgeſtellt, die vertheilten Capitalien ſofort abgetreten und zugleich, mit ſämmtlicher Erben Genehmigung, feſtgeſetzt habe, daß es nach ſeinem Tode mit dem Reſte ſeines Nachlaſſes ebenſo gehalten werden ſolle; hierauf richtet er den Antrag, daß es bei der vom Erblaſſer erwähnter Maßen geſchehenen Theilung ſein Bewenden behalte.

Die Beklagten, Kinder der vorverſtorbenen Tochter, erwidern: der Erblaſſer habe nur einen Theil ſeines Capitalvermögens ſeinen Inteſtaterben zu ihrer Unterſtützung cedirt; bei der von dem Kläger behaupteten allgemeinen Verfügung aber ſeien jedenfalls die geſetzlichen Vorſchriften nicht beobachtet, indem eine elterliche Theilung zu ihrer Giltigkeit einen entweder von dem Disponenten oder von den Kindern unterſchriebenen Aufſatz, worin der Antheil eines jeden Kindes ausgedrückt werden, erfordere, der zweite Theil der angegebenen väterlichen Verfügung aber den Charakter eines Teſtaments annehme, dem es an den weſentlichſten Förmlichkeiten fehle.

Das Gericht erſter Inſtanz legte Beweis auf; vom Ober-

gericht ward dem Kläger zur bessern Begründung seiner Behauptung die Vorlegung eines den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden schriftlichen Aufsatzes aufgegeben.

Das OAG. Cassel erkannte am 11. April 1829:

In Erwägung, daß zwar von Seiten der Eltern über die Vertheilung ihres künftigen Nachlasses unter ihren Kindern jederzeit durch eine einseitige Willenserklärung als mittelst Vertrags verfügt werden kann, daß jedoch im ersteren Falle, in Ermangelung der für testamentarische Verfügungen der Eltern unter den Kindern gesetzlich vorgeschriebenen Form, die rechtliche Gültigkeit einer solchen einseitigen Willenserklärung wesentlich davon abhängt, daß von den Disponenten das Einstreten der Intestaterbfolge unterstellt, und an dem Intestaterbrechte nichts geändert, sondern nur eine Anweisung der einzelnen Erbschafts-Gegenstände zum Zwecke der Vertheilung unter den Kindern vorgenommen wird; daß demnach mit dieser, auf einseitiger Willenserklärung beruhenden Vertheilung des künftigen Nachlasses (divisio parentum inter liberos im eigentlichen Sinne) die Bestimmung ungleicher Erbschaftstheile nach gewissen Quoten durchaus unverträglich ist, mithin schon um deswillen die vom Appellanten behauptete väterliche Disposition in jener Eigenschaft nicht aufrecht erhalten werden kann; daß dieselbe aber auch nicht als eine vertragsmäßige, wofür sie der Appellant in der jetzigen Instanz ausgeben will, betrachtet werden kann, indem hierzu nicht schon die von den Kindern erklärte Beistimmung zu der einseitigen elterlichen Verfügung hinreicht, vielmehr erfordert wird, daß aus dem Geschäfte selbst die Absicht einer unwiderruflichen Verpflichtung aller Betheiligten ganz unzweifelhaft hervorgehe, welches aber nach den von dem Appellanten angegebenen Thatumständen hier nicht anzunehmen steht; daß jedoch der Appellant weiter zur Begründung der Verbindlichkeit der von ihm geltend gemachten väterlichen Disposition für die Appellaten eine von denselben nach des Vaters Tode angeblich erfolgte Anerkennung behauptet hat, und jener Behauptung, sofern sie durch specielle factische Angaben unterstützt wird, rechtliche Erheblichkeit beizulegen sein würde, — wird der Appellant angewiesen, bestimmt anzugeben, durch welche nach dem Tode des Erblassers vorgenommene Handlungen, zu welcher Zeit und von welchen Personen, die angebliche Anerkennung der von ihm behaupteten Norm der Vertheilung des väterlichen Nachlasses zu $^4/_{11}$ und resp. $^3/_{11}$ geschehen sei.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 111.

III.

Wenn bei einer divisio parentum inter liberos keine Gleichheit beobachtet ist, so streitet man, in welcher Eigenschaft diejenigen, welche mehr bekommen, das Mehr erhalten.

Einige stellen die Regel auf: divisionem a parente factam instar esse praelegati, woraus dann folgen würde, daß, wenigstens nach der Ansicht Vieler, die quarta Falcidia abzuziehen sei und Eviction nicht gewährt zu werden brauche.

Frankenfeld, de discrim. undae divis. et testam. inter liber. §. 11.
Brunnemann, Comm. in Cod. ad L. 14 C. fam. herc. Nro. 10.
Wildvogel, de divis. parent. inter liberos p. 88.
Thibaut, System §. 846.

Andere meinen, bei einer divisio parentum inter liberos sei es ganz unmöglich, Prälegate anzuordnen; solches dürfe nur in einem testamentum parentum inter liberos geschehen. Die Eigenschaft des Mehr beruhe deshalb auf einem praecipuum, arg. L. 77. §. 8 D. de legat. II., vergl. mit L. 33 D. fam. herc.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 242.
Buchholz, Lehre von den Prälegaten S. 233 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 866.

Carrach, diss. de dispos. parentum inter liberos nuncup. §. 13

Siehe das Präj. 2 zu Contr. 2.

IV.

Streitig ist, ob die Kinder schuldig sind, sich gegenseits die Gewähr zu leisten, wenn ihr Vater sein Vermögen unter sie vertheilt hat.

Einige meinen, Eviction könne nicht gefordert werden, weil es ja dem Vater frei stehe, sein Vermögen gleich oder ungleich zu vertheilen, und auch bei Schenkungen keine Eviction gefordert werden könne.

Gail, obs. lib. 2. obs. 116.
Cocceji, jus contr. lib. 10. tit. 2. §. 11.

Andere leiten die Evictionsverbindlichkeit aus dem präsumtiven Willen der Eltern ab, und berufen sich dafür auf L. 77. §. 8 D. de legat. II. L. 33 D. 10, 2. Danach sei die Präsumtion für die Gleichstellung der Kinder gesetzlich statuirt, indem sie die Grundlage der Lehre von der Collation ausmache. Auch werde die Absicht der Eltern, wenn sie dem einen Kinde dieses, dem andern jenes zuwenden, auch auf das Interesse gerichtet sein, wenn die Realisirung durch unvorhergesehene Fälle theilweise vereitelt werde.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 604.
Stryk, usus modern. lib. 10. tit. 2. §. 9.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 2. S. 280.
Walch, contr. jur. civ. p. 672.
Schiller, exerc. 20. th. 86.
Sintenis, Civilr. §. 170. S. 393.

Präjudiz 1.

Angaben der Ascendenten über das, was von ihnen ihre Descendenten erhalten haben und auf ihren Erbtheil sich anrechnen lassen sollen, gelten wider die Descendenten, theils wegen der ihnen schuldigen Ehrerbietung und theils weil sie als Erben die Handlungen ihrer Erblasser anzuerkennen verbunden sind — wenn sie nicht in fraudem legitimae gemacht sind.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 4. Aug. 1828, in S. Seelemeyer c. Seelemeyer.

Divisio parentum inter liberos, ob sie eventuell bei dem Testamente der Eltern unter Kindern anzunehmen sei, s. testamentum parentum inter liberos c. 10.

Dolus bei der querela inoff. donat., s. querela inoff. donat. c. 9.

Donatio mortis causa.

Müller, über die Natur der donatio mortis causa (1827).
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 97.
Hasse im Rhein. Mus. Bd. 2. S. 300 f. Bd. 3. S. 1 f. S. 371 f.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 80 f.
Wiederhold in Gießer Zeitschr. Bd. 13. S. 96 f.
Fester, de mort. causa donat. (1841).
v. Savigny, System Bd. 4. §. 170 f.
v. Vangerow, Pand. §. 561 f.

I.

Streitig ist, welche Förmlichkeiten zur donatio mortis causa, sofern sie nicht durch Tradition sogleich perfect wird, erforderlich sind.

Einige meinen, die römischen Juristen hätten bis zum Erlaß der L. 4 C. de donat. mortis causa 8, 57

in formeller Beziehung die Schenkung von Todeswegen mit der Schenkung unter Lebenden gleichgestellt. Durch die L. 4 C. cit. habe nun Justinian verordnet, daß keine donatio mortis causa der Insinuation mehr bedürfen solle, sondern an deren Stelle könne die Inziehung von fünf Zeugen treten, und es solle dann die Schenkung deshalb, weil sie nicht insinuirt sei, nicht weniger wirksam sein. Hieraus folge: 1) diese neue Vorschrift gehe nur auf diejenigen Schenkungen, die der Regel nach einer Insinuation bedürften, also nur auf große Schenkungen, da die fünf Zeugen ja eben nur ein Surrogat jener Insinuation sein sollten. In Beziehung auf kleine Schenkungen bleibe es also gänzlich beim älteren Rechte. 2) Wenn die donatio mortis causa die Summe von 500 solidi übersteige, dann solle der Schenker die Wahl haben, ob er Insinuation in Anwendung bringen oder fünf Zeugen zuziehen wolle.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 881.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 135.
v. Savigny, System Bd. 4. §. 172.
v. Vangerow, Pand. §. 563.
Bülow, Abhandl. Th. 2. S. 138.
Elvers, prakt. Arbeiten S. 12.
Sintenis, Civilr. §. 216. Not. 21.

Andere meinen, Justinian habe in der L. 4 cit. eine neue ausschließliche Form für alle Schenkungen von Todeswegen eingeführt. Denn es würde der L. 4 cit. an allem logischen Zusammenhange fehlen, weil doch die neue Formbestimmung mit der Entscheidung des früheren Streits über die rechtliche Natur der donatio mortis causa im Causalzusammenhange stehe. Wenn der Kaiser nun sage: „der frühere Streit der Juristen über die Natur der donatio mortis causa soll dahin entschieden werden, daß dieselbe wie ein Legat zu behandeln ist, und in Folge davon verordnen wir, daß bei großen Schenkungen der Schenker die Wahl haben solle zwischen Insinuation und Zuziehung von fünf Zeugen", so sei doch hierin ein folgenreicher Zusammenhang anders nicht zu finden, als wenn man die vom Legatar hergenommene Form als die für alle Schenkungen ausschließlich eingeführte annehme.

Wiederhold in Gießer Zeitschr. Bd. 15. S. 96 f.
Voet ad P. 39. 6. §. 4.
Pufendorf, obs. T. 4. obs. 260.
Bauer, opuscula T. 1. p. 289.
Höpfner, Institut. §. 414.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1010.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1180.
Thibaut, System §. 567.
Schweppe, röm. P.-R. §. 947.
Warnkönig, Instit. §. 868.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 564.
Müller, über die Natur der donatio mortis causa §. 27 u. 28.

Man müsse deshalb geradezu Beobachtung der Codicillarform, Einheit der Handlung u. s. w. erfordern, weil man den Schluß der L. 4 cit.: neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur auch auf die Form beziehen müsse:

Lauterbach, de donat. mortis causa §. 11, in diss. acad. T. II. Nro. 74.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 449.
Höpfner, Instit. §. 414.

weshalb auch Personen, welche ein privilegirtes Codicill errichten können, deshalb vor weniger als fünf Zeugen mortis causa schenken dürften,

Thibaut, System §. 567.

und eine Folge der Legatentheorie sei, daß das Eigenthum des Geschenkes, auch ohne vorherige Uebergabe, auf den Beschenkten übergehe, arg. L. ult. C. de donat. mortis causa 8, 57, vergl. mit L. 1 C. comm. de leg.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1011.

sowie daß das interdictum quod legatorum auf Schenkungen von Todeswegen anwendbar sei,

Cujacius, obs. 10. 28.
Zimmern in Tübinger Zeitschr. Bd. 3. S. 239.

daß durch donatio mortis causa eine per universitatem successio unter Umständen begründet werden könne,

Zimmern in Tübinger Zeitschr. Bd. 3. S. 240.

und daß dem mortis causa Donatar die gesetzliche Hypothek der Legatare zustehe.

Meißner, vom stillschw. Pfandrechte Th. 2. §. 180.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 144.

Präjudiz 1.

Schenkungen auf den Todesfall bedürfen zu ihrer Rechtsgiltigkeit auch alsdann der gerichtlichen Insinuation oder der Errichtung vor fünf Zeugen, wenn sie den Betrag von 500 solidi nicht übersteigen.

Sammlung der Präjudizien des OAG. zu Darmstadt Nr. 165, unter Bezugnahme auf Erkenntnisse von 1844 und 1853.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 211.

Präjudiz 2.

Gegen die Richtigkeit der in der Praxis befolgten Ansicht, daß nach der C. 4 de donat. mort. causa 8, 57 zur Giltigkeit einer Schenkung auf den Todesfall die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich sei, sind freilich in neuerer Zeit Zweifel erhoben worden; diese Zweifel sind jedoch nicht für so erheblich zu erachten, um die einmal bestehende Praxis zu verlassen.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 1. Mai 1853.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 336.

Präjudiz 3.

In der Rechtssache des Zieusee'schen Nachlaßcurators w. Ebert hatte Kläger u. m. A. eine Forderung von 40 Thlr. geltend gemacht, der Beklagte aber excipirt, die verstorbene Gläubigerin habe ihm diese Schuld für den Fall ihres Todes im Wege der Schenkung erlassen und er diesen Erlaß acceptirt. Eventuell hatte der Beklagte compensando geltend gemacht, er habe für die Verstorbene verschiedene Fuhren besorgt und die Transportkosten ausgelegt. Der Kläger hatte die Schenkung geleugnet, solche auch, weil bei dem Acte nicht fünf Zeugen zugezogen, als unwirksam bezeichnet; auf die Compensationseinrede aber entgegnet, daß die Reisen von der Verstorbenen und dem Beklagten gemeinschaftlich gemacht seien, Beklagter deshalb nur die Hälfte der Auslagen fordern könne. Auf diese Behauptung, welche mit Beweismitteln nicht versehen war, hatte der Beklagte in der Duplik sich nicht erklärt.

Das Kreisgericht Braunschweig nahm in seinem Erkenntnisse vom 13. Febr. 1855 die behauptete Schenkung als rechtsbeständig an, und erachtete die Behauptung, daß die Reisen gemeinschaftlich gemacht seien, als irrelevant und nicht vorhanden, weil Kläger dafür Beweismittel nicht angegeben habe.

Auf erhobene Berufung bestätigte das Obergericht Wolfenbüttel in seinem Erkenntnisse vom 12. Mai 1855 das kreisgerichtliche Erkenntniß in Betreff der Schenkung und reformirte solches in Betreff der Transportkosten, von denen dasselbe dem Beklagten nur die Hälfte zuerkannte, in der Erwägung, daß

eine Ungiltigkeit der von dem Beklagten behaupteten sehr geringfügigen Schenkung auf den Todesfall nicht aus der unterlassenen Zuziehung von fünf Zeugen bei deren Errichtung hergeleitet werden kann, weil keineswegs durch die L. 4 C. de

donat. mortis causa 8, 57 die bis dahin bestandene Gleichheit der Form für Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall allgemein beseitigt, sondern nur bestimmt worden ist, daß bei den die Summe von 500 solidis übersteigenden Schenkungen der letzteren Art die sonst erforderliche gerichtliche Insinuation durch Zuziehung von fünf Zeugen ersetzt werden könne.

v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. 2. Nr. 1.
v. Savigny. System Bd. 4. S. 261 f.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 216.
v. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 563.

Zeitschr. f. Rechtspflegr f. Braunschweig Jahrg. 2. S. 91 f.

Präjudiz 4.

In der Proceßsache Koch c. Alpers hat das Kreisgericht Gandersheim am 29. November 1856 erkannt, daß zur Giltigkeit der donatio mortis causa die Anwesenheit von fünf classischen Zeugen außer der Acceptation von Seiten des Schenknehmers erforderlich sei. Die Koch'sche Ehefrau zu Eimen, geb. Alpers, hatte nämlich in einer gegen ihre Halbgeschwister auf Herausgabe einer Wiese erhobenen Klage behauptet, daß ihr Vater diese Wiese ihr im Jahre 1844 in Gegenwart ihrer drei Brüder, ihrer Mutter und des Altvaters B. auf seinen Todesfall zugesichert und sie diese Zusicherung bestens acceptirt habe. Die Klage wurde abgewiesen, in Erwägung,

daß der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch an der fraglichen Wiese der rechtlichen Begründung ermangelt, weil nach deren eigener Angabe bei der von ihr behaupteten Schenkung auf den Todesfall zwar fünf Zeugen, unter diesen jedoch eine Frauensperson und drei Kinder des Schenkgebers sich befunden haben, nun aber bei der Schenkung auf den Todesfall, welche in den Gesetzen,

L. 4 C. de mort. caus. donat. 8, 57.
L. 37 pr D. eod. 39, 6.

in Beziehung auf die Form der Errichtung den Vermächtnissen gleichgestellt worden, nach der Ansicht bewährter Rechtslehrer:

Thibaut, System Bd. 2. §. 908.
v. Savigny. System Bd. 4. §. 172.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-R. Bd. 3. §. 762.
Puchta, Pand. §. 552.

die Zuziehung von fünf classischen Zeugen erforderlich, Frauenspersonen aber die Fähigkeit, Testamentszeugen zu sein, in den Gesetzen,

L. 75. §. 1 D. de test. 22, 5.
L. 20. §. 6 D qui test. fac. poss. 28, 1.

ausdrücklich entzogen ist, und Kindern des Testirers wegen der obwaltenden unitas personarum ebenfalls die Fähigkeit, als Zeugen zu fungiren, ermangelt; übrigens die angebliche Schenkung der fraglichen Wiese auch als Erbvertrag wegen der fehlenden gerichtlichen Bestätigung, oder als fideicommissum heredi praesenti injunctum, weil ein bestimmter Honorirter nicht vorhanden, nicht aufrecht erhalten werden kann.

Zeitschr. für Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 4. S. 71 f.

Präjudiz 5.

. . . und da

2) der Rechtsgiltigkeit der nach Angabe des Appellaten acceptirten Schenkung, sollte sie auch auf den Todesfall geschehen sein, nichts entgegensteht, indem

a) die donatio mortis causa rücksichtlich ihrer Form, der Meinung angesehener Rechtslehrer zufolge, die Zuziehung von fünf Zeugen nur in dem Falle erfordert, wo wegen des Betrages der Schenkung, insofern sie nämlich über 500 solidos hinausgeht, deren gerichtliche Insinuation nothwendig gewesen sein würde:

v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Nr. 16. S. 139.
Linde, Zeitschrift für Civilrecht rc. Bd. 2. Hft. 1. Nr. 4. S. 135 f.
Rheinisches Museum Bd. 3. Hft. 1. S. 9. Hft. 3. S. 393.

b) die römische donatio mortis causa, wenn sie gehörig acceptirt worden, in einen Erbvertrag des deutschen Rechts übergeht und mit diesem gleiche Wirksamkeit hat.

Archiv für civil. Pr. Bd. 2. Hft 3. Nr. 31. S. 297.
Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 13. Juni 1831, in S. Gauert c. Winker.

Präjudiz 6.

. . . wird,

da die Disposition ebensowenig als Schenkung von Todeswegen rechtsgiltig erscheint, da eine solche in Rücksicht der Form als letztwillige Verfügung zu behandeln ist, also zwar nicht der Insinuation, aber der Codicillarform bedarf,

L. 4 C. de mortis c. don. 8, 57.

als wirklicher Vertrag jedoch außerdem der Acceptation nicht entbehren kann, und ohne diese auch nicht als Fideicommiß gilt, rc. abgeschlagen.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 2. Mai 1845, in R.-S. Meyer c. Maasberg.

Präjudiz 7.

Daß auch Frauenzimmer als Zeugen bei Schenkungen auf den Todesfall nicht ausgeschlossen seien, ist in einem Erkenntniß des OAG. zu Dresden, mitgetheilt in Hartitzsch, Entscheid. S. 363, ausgesprochen.

Schenkungen auf den Todesfall sind bekanntlich in Ansehung der bei ihrer Errichtung erforderlichen Feierlichkeiten den Vermächtnissen ganz gleichgestellt,

§. 1 Inst. de donat. 2, 7.
C. 4 C. de donat. mort. caus. 8, 57.
Nov. 87.

bedürfen daher auch der Gegenwart von fünf Zeugen. Als solche sind, da Niemand für seinen eigenen Vortheil Zeuge sein kann, zwar alle Personen, deren eigenes Interesse bei Errichtung von dergleichen Schenkungen concurrirt, vom Zeugnisse eben so, wie dies bei Vermächtnissen der Fall ist, ausgeschlossen, allein da die Zeugen mehr des Beweises, als der Solennität wegen erforderlich, so sind auch Frauenzimmer als Zeugen zulässig, dergestalt, daß selbst ein vor fünf Frauenzimmern errichtetes Codicill oder eine vor ihnen errichtete Schenkung auf den Todesfall, wenn nicht andere Mängel vorhanden, giltig ist, arg. § 3 Inst. de codic. 2, 25: „nullam solennitatem ordinationis desiderant."

Berger, oec. jur. lib. 2. tit. 4. thes. 36. Nro. 3.
Winkler ad Bergeri oec. l. c. not. 7.
Leyser, med. ad P. Vol. 5. spec. 378. cor. 1.

II.

Streitig ist, ob für die donatio inter vivos oder für die donatio mortis causa die Vermuthung streite.

Einige meinen, für eine Schenkung unter Lebenden streite die Vermuthung, wenn nicht das Geschenk mit Rücksicht auf den nahen Tod gegeben sei, L. 2. L. 3. L. 4. L. 35. §. 4 D. de donat. mortis causa 39, 6.

Thibaut, System §. 366.
Bauer, de forma donat. mortis caus. in opusc. T. 1 pr.
Hermann, de mort. caus. donat. conject. ex mortis mentione capiendis.
Haubold in opusc. acad. Vol. I. p. 489.

Andere meinen, es ließen sich hierfür keine allgemeinen Regeln geben, sondern die Umstände des einzelnen Falls müßten entscheiden.

Savigny, System Bd. 4. S. 242. Not. h.

Präjudiz 1.

Das Rechtsgeschäft, welches nach Inhalt der gegenwärtigen Klage zwischen den Bl. — flg. benannten Personen stattgefunden haben soll, kann allerdings nicht als eine letztwillige Verfügung und insbesondere nicht als eine mortis causa donatio betrachtet werden. Das entscheidende Merkmal der letzteren besteht darin, daß der Erwerb auf Seiten des Empfängers von dem Tode des Gebers oder Vermittenten abhängt,

daß der Tod des letzteren die causa, den Rechtsgrund, dieses Erwerbes bildet.

Das Wesen der Schenkung auf den Todesfall liegt somit darin, daß sie nur dann giltig ist und bleibt, wenn der Geber vor dem Empfänger oder gleichzeitig mit demselben stirbt, ohne dieselbe widerrufen zu haben.

L. 1. L. 16. 30. 32 u. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. L. 1 cod. de don. 2, 7.

Es ist deshalb keine donatio mortis causa, wenn bei einem unter Lebenden abgeschlossenen Schenkungsvertrage der Tod des Gebers nur als der Zeitpunkt für die Erfüllung des Vertrages durch Uebergabe der geschenkten Sache festgesetzt, und eben so wenig, wenn der Tod des Empfängers oder einer dritten Person als Bedingung, Beschränkung oder Zeitbestimmung für den Erwerb oder Fortbestand der Schenkung in das Bereich des Schenkungsvertrags gezogen worden ist. Was der Beklagte hiergegen Bl. — unter Verweisung auf Substitutionen und Fideicommisse, die durch letztwillige Verfügungen errichtet worden, bemerkt, beruht auf dem Uebersehen des wesentlichen Umstandes, daß auch bei diesen der Tod des Testators es ist, von welchem das Recht aller derjenigen abhängt, welche aus dieser letztwilligen Disposition mittelbar oder unmittelbar etwas erwerben sollen. Die vorige Instanz hat das libellirte Rechtsgeschäft als eine donatio inter vivos sub modo betrachtet, und dieser Ansicht hat man vollkommen beipflichten müssen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 7. Aug. 1857, in S. Kletzner u. Cons. gegen Göpel.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen Bd. 17. Hft. 2. Nr. 69. S. 178.

III.

Ueber den Unterschied einer Schenkung unter Lebenden und von Todeswegen (vergl. Contr. 2) handeln die nachstehenden Erkenntnisse:

Präjudiz 1.

Wenn das vorige Urthel von der Ansicht ausgeht, daß das von Beklagtem Bl. — aufgestellte ereertwische Vorbringen nur eine Schenkung auf den Todesfall enthalte, welche in Mangel der Bezugnahme auf die hierzu erforderlichen Förmlichkeiten keine Berücksichtigung verdiene rc., so hat dem in gegenwärtiger Instanz nicht beigestimmt werden können. Denn wie jene Ausflucht an die Hand gibt, soll der verstorbene B. das fragliche Capital der Ehefrau des Beklagten geschenkt und nur für den Fall, daß er des Capitals selbst bedürfe, sich vorbehalten haben, es bei seinem Leben ganz oder zum Theil zurückzufordern. Nun offenbart sich aber das hauptsächlich entscheidende Merkmal einer Schenkung auf den Todesfall von der Schenkung unter den Lebenden darin, daß der Bestand und die Dauer der durch erstere bereiteten oder vorbereiteten Vermögensvermehrung von dem frühern Tode des Schenkgebers schlechterdings abhängig gemacht, und die Widerruflichkeit der Liberalität bis dahin von demselben reservirt worden ist.

Hasse im Rheinischen Museum Bd. 2. S. 150 f. Bd. 3. S. 17 f.

Nach Beklagtens gedachtem Anführen ist dies jedoch im vorliegenden Falle keineswegs geschehen, vielmehr war die fragliche Schenkung an sich unwiderruflich geschehen und daran nur die Bedingung geknüpft worden, daß B. bei eintretendem Bedürfnisse solche nach Befinden ganz oder zum Theil wieder aufzuheben berechtigt sein sollte. Dies ändert aber an der Natur der Schenkung als einer donatio inter vivos insofern etwas nicht, als das Recht des Beschenkten auf das streitige Capital bestand, bis der Schenkgeber durch die Bezugnahme und nach Befinden Bescheinigung seines Bedürfnisses von dem gestellten Vorbehalte Gebrauch gemacht hatte.

Urthel des OAG. zu Dresden vom 25. Mai 1855, i. S. Kunath c. Gubr.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen Bd. 14. Hft. 4. Nr. 144. S. 364.

Präjudiz 2.

Die verwittwete R. hatte laut eines vor Gericht errichteten Vertrages ihr Wohnhaus der B. überlassen. Im Eingange der darüber sprechenden Urkunde war dieser Vertrag als eine Schenkung auf den Todesfall bezeichnet; §. 1 derselben legte der Schenknehmerin gewisse Verpflichtungen hinsichtlich der Wirthschaftsführung und der Verpflegung der Schenkenden auf, und im § 3 hieß es: „daß dieses als ein Schenkungs-Contract angesehen, jedoch der Schenkgeberin vorbehalten bleiben soll, im Fall eines oder des andern sich ergeben könnenden Unzufriedenheits-Umstandes diesen Schenkungs-Contract, jedoch nach beigebrachten und erweislich gemachten dergleichen Umständen, jederzeit wieder zurücknehmen zu können."

Gestützt nun darauf, daß diese Verfügung sie gereue, und die B. überdem den im § 1 übernommenen Verpflichtungen seit längerer Zeit nicht mehr nachkomme, klagte die R. auf Wiederaufhebung des Vertrages, welche das Gericht erster Instanz der Klagbitte gemäß aussprach, indem es davon ausging, es habe die Beklagte durch den fraglichen Vertrag kein festes Recht, sondern nur ein solches, das die Klägerin jederzeit willkürlich widerrufen könne, an dem Hause erhalten.

Der zweite Richter dagegen erkannte auf den Beweis des Klaggrundes, womit auch in dritter Instanz sich einverstanden erklärt ward.

Gründe:

Wenn gleich in der Schenkungs-Urkunde der Ausdruck Schenkung auf den Todesfall enthalten ist, so kann doch auch bei einer also benannten Schenkung die Willkür des Schenkenden zu widerrufen beschränkt sein,

fr. 13. §. 1; fr. 35. §. 4 de mort. causa donat. 39, 6.

und die Schenkung ist nicht mehr eine Schenkung auf den Todesfall, wenn sich der Schenkende der Befugniß begibt, sie widerrufen zu können, ungeachtet ihr ausdrücklich der Name donatio mortis causa sollte beigelegt worden sein.

Fr. 27 eod.

Curtius, Handb. des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts Th. 3. §. 1347.

Nun hat zwar in dem vorliegenden Falle die Klägerin sich des Rechtes zu widerrufen nicht ganz begeben, sondern dasselbe nur von gewissen Bedingungen abhängig gemacht; daher es noch bestritten werden kann, ob das Geschäft ganz als donatio inter vivos zu betrachten sei. Allein soviel ist doch gewiß, daß sie an die Beschränkungen, welche sie sich vertragsmäßig auferlegt hat, gebunden ist, und das Recht der Reue nicht mehr willkürlich in Anspruch nehmen kann.

Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. S. 107 f.

Daher ist im Erkenntnisse zweiter Instanz mit Recht angenommen worden, es komme im vorliegenden Falle rücksichtlich der Revocabilität darauf an, ob solche Umstände beigebracht und erwiesen werden können, deren der §. 3 der Schenkungsurkunde gedenke.

Erk. des OAG. zu Jena vom 12. Juli 1827, in S. Reinhard c. Büchner.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 131.

IV.

Ueber die Frage: ob Einkauf in die Wittwenkasse eine donatio mortis causa sei, spricht sich das nachfolgende Erkenntniß dahin aus:

Präjudiz 1.

Da der Einkauf in eine Wittwenkasse, oder die Lebensversicherung zu Gunsten der künftigen Wittwe als wahre Schenkung nicht betrachtet werden kann, indem dadurch eines Theils das Vermögen des Ehemannes nicht wesentlich verringert,

L. 3 D. pro donato 41, 6.

L. 28. §. 2 D. de donat. int. vir. et uxor. 24, 1.

und anderen Theils nicht sowohl die Bereicherung,

L. 5. §. 8. L. 21 pr. D. eod.

vielmehr die Versorgung der Ehefrau in dem Wittwenstande beabsichtigt wird, hierzu aber dem Ehemanne eine auf Sitte und Gewohnheit beruhende natürliche Verbindlichkeit obliegt, so daß folglich, sollte auch diese Pietätspflicht durch Klagen nicht erzwungen werden können, die während der Ehe geschehene Erfüllung einer desfallsigen Zusage, zumal wenn solche

vor der Eingehung der Ehe gegeben worden, eine vollkommen gültige Handlung ist,

L. 19. §. 4 D. de donat. 39, 5.

L. 13. L. 32 §. 2. L. 64 D. de cond. indeb. 12, 6.

auch auf Zuwendungen der in Rede stehenden Art die Vorschrift der Verordnung v. 30. Dec. 1754, die Erbfolge der Ehegatten betr., nicht bezogen, und die anfängliche Unbestimmtheit der vertragsmäßigen Zusicherung, nachdem in der Folge das Object und die Modalitäten der Leistung durch Einverständniß der Betheiligten festgestellt sind, nicht weiter urgirt werden kann, so wird abgeschlagen ꝛc.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 3. Mai 1847, in A.-S. Heise c. Heise.

Bestätigt durch Erk. des OAG. vom 22. Februar 1848, aus folgenden Gründen:

... wird mitgetheilt, und da,

1) wenn nach der von der Klägerin behaupteten Verabredung mit ihrem nachherigen Ehemanne hinsichtlich auf ihre und ihrer etwa erfolgenden Kinder Versorgung die Ehe vollzogen wurde, der Ehemann hiedurch ohne Weiteres und insonderheit ohne daß auf die Beobachtung der gesetzlichen Form des Verlöbnisses etwas ankommt, oder einer besonderen Acceptation der Klägerin es noch bedurfte, zur Erfüllung der Verabredung vollkommen verpflichtet wurde;

2) das Ungewisse und Unbestimmte der Verabredung in Ansehung der Art und des Maßes der Versorgung, welches in gesetzlich so sehr begünstigten Fällen wie in dem vorliegenden,

arg. L. 69. §. 4 D. de jure dot. 23, 3.

L. 43 D. de legat. III. 32.

durch billiges Ermessen in rechtlichem Wege zu heben, hier durch die nachher erfolgte Erfüllung der Verabredung von der Klägerin Ehemann selbst völlig gehoben worden ist;

3) die Erfüllung der übernommenen, durch Vollziehung der Ehe in volle Giltigkeit getretenen Verpflichtung als Schenkung, weil man durch diese ohne Rechtsverbindlichkeit und ohne Rechtsgrund sich verpflichtet, dem Anderen einen Vermögensvortheil zuzuwenden, nicht betrachtet werden kann,

L. 19. §. 5 u. 6. L. 29 pr. D. de donat. 39, 5.

L. 82 D. de reg. jur. 50, 17.

4) hierauf daher dasjenige keine Anwendung leidet, was von dem Mangel einer donatio mortis causa angeführt werden,

pr. et §. 1 u. 2 Inst. de donat. 2, 7.

auch

5) gegen solche Zuwendung die Einrede aus L. 6 Cod. de sec. nupt. 5, 9 und aus §. 3 der Verordnung vom 30. December 1754 nicht statthaft erscheint, weil eines Theils hier keine auf Freigebigkeit beruhende Benachtheiligung der Kinder erster Ehe, sondern die Erfüllung einer vor der Ehe in Beziehung auf dieselbe übernommenen rechtsgiltigen Verpflichtung innerhalb eines dem Verhältnisse angemessenen Maßes geschehen ist, andern Theils auch jene römisch-rechtlichen Bestimmungen auf rein deutsch-rechtliche von der Gesetzgebung selbst gebilligte, sogar begünstigte Institute wegen Versorgung der Witwen und Kinder, wie Wittwenkassen und Lebensversicherungen keine Anwendung leiden,

so wird abgeschlagen ꝛc.

V.

Streitig ist, ob der filius familias aus dem peculio adventitio eine Schenkung von Todeswegen errichten könne.

Einige gestehen dem Hauskinde an keiner Art von Adventizgut eine Schenkungsbefugniß zu, selbst nicht mit Einwilligung des Vaters, weil dem Hauskinde das Recht der testamenti factio fehle, und die L. 7. §. 4 u. 5 D. de donat. 39, 5 u. L. 25. §. 1 D. de mortis causa donat. 39, 6 nur vom peculium prof. zu verstehen sei.

Thibaut, System §. 567.

Fritz im civil. Archiv Bd. 6. S. 203.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 8. S. 408.

Müller, Schenkung auf den Todesfall S. 75.

Andere meinen, daß die Fähigkeit zu einer mortis causa donatio nicht von der testamenti factio abhänge.

Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen Bd. 2. S. 113.

v. Savigny, System Bd. 4. S. 259.

v. Vangerow, Pand. §. 562.

und die zur ersten Controv. angef. Anhänger der ersten Ansicht.

Andere meinen, in der Praxis sei angenommen, daß der Haussohn über das peculium adventitium ordin. nur mit väterlicher Einwilligung mortis causa disponiren könne, über das advent. extraordin. aber, sofern er volljährig sei, ganz unumschränkte Dispositionsrechte habe, sofern er minderjährig sei, die Grundsätze von Schenkungen Minderjähriger überhaupt zur Anwendung kämen.

Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen Bd. 2. S. 113.

Dammer, diss. de filiofam. de peculio advent. irregul. etiam mort. causa dispon. valente.

Puchta, Lehrb. §. 457. Nr. 5.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 640. Not. 11.

VI.

Ueber die Honorirung dritter Personen bei einer donatio omnium bonorum mortis causa (vergl. Controv. 1) sagen die nachstehenden Erkenntnisse:

Präjudiz 1.

Ist in einer donatio omnium bonorum mortis causa inter conjuges einem Dritten eine einzelne Sache zugewendet, so kann man dawider nicht darauf sich berufen, daß dieser Dritte die zu seinen Gunsten getroffene Disposition nicht acceptirt habe. Er ist als Legatar zu betrachten, welcher nicht acceptirt zu haben braucht, auf den vielmehr

fr. 77. §. 26 de legat. II. 31.

C. 4 de mort. c. don. 8, 57.

Anwendung finden.

Erk. des OAG. zu Jena vom J. 1829.

Aus einem andern Erkenntnisse desselben Gerichtshofes v. J. 1831 wird mitgetheilt: Die Verfügungen, welche in einer omnium bonorum donatio mortis causa wegen Ueberlassung gewisser Summen oder Sachen an andere Personen getroffen sind, behaupten ihre Giltigkeit vermöge der deutschrechtlichen Grundsätze von Erbverträgen, als ein zu Gunsten dritter Nichtmitcontrahenten errichtetes pactum restitutivum.

Runde, deutsch. Priv.-R. §. 658. 661.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 210.

VII.

Ueber die Vertragsform der donatio mortis causa (vergl. Controv. 1) sagen die nachstehenden Erkenntnisse:

Präjudiz 1.

Die Meinung der größeren Mehrzahl der Schriftsteller, daß nach gemeinem deutschen Rechte Erbverträge ohne alle Rücksicht auf die Form, in welcher sie eingegangen wurden, Wirksamkeit haben, ist auch in den hiesigen Landen durch vielfache Präjudize angenommen.

Von diesem Grundsatze ausgehend, bedürfen Verträge, welche als Schenkungen auf den Todesfall nach römischem Rechte nur unter Zuziehung von fünf Zeugen hätten errichtet werden können, zu ihrer Rechtsbeständigkeit dieser Form nicht, denn die mortis causa donatio ist nichts anderes als ein Erbvertrag:

v. Schirach im Archiv für civ. Praxis Th. 2. Nr. 31. vorzügl. §. 9.

und da auch die Widerruflichkeit der Schenkung auf den Todesfall auf besondern, mit der Rechtsbeständigkeit der Erbverträge hinwegfallenden Gründen beruhet (Schirach. a. a. O. §. 10), dagegen Verträge in der Regel unwiderruflich sind, so ist auch die Widerruflichkeit eines Erbvertrages nur ausnahmsweise alsdann anzunehmen, wenn sie entweder ausdrücklich festgesetzt ist, oder die Contrahenten sich überhaupt den römischen Principien über die mortis causa donatio unterworfen haben.

v. Schirach, a. a. O. §. 11.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom März 1837, in S. Mundorf c. Ding wegen Erbvertrags.

Präjudiz 2.

In Folge der nach deutschem Recht den Erbverträgen, ohne besondere Förmlichkeiten zu erfordern, beigelegten Rechtsgiltigkeit, müssen jetzt auch acceptirte Schenkungen von Todeswegen als deutsche Erbverträge unwiderruflich bestehen, es sei denn, daß der Schenker ausdrücklich oder implicite seinen Willen, daß auf seinen Liberalitätsact die römischen Grundsätze der donatio mortis causa angewendet werden sollten, kund gegeben habe. Die Streitfrage des römischen Rechts, ob donationes mortis causa nach L. ult. C. d mortis causa donat. 8, 57 zu ihrer Rechtsgiltigkeit mindestens die bei Vermächtnissen nöthigen Formalitäten erfordern,

v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Nr. 16.

hat daher bei uns keine praktische Giltigkeit.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 10. Jan. 1832, i. S. Schütte c. Kaulch.

Donatio mortis causa, deren Collation, f. Collationspflicht c. 23.

Dos, Einrechnung auf den Pflichttheil, f. Pflichttheil B. c. 2.

Dotata, Bedeutung bei der Succession der armen Wittwe, f. Intestaterbfolge der armen Wittwe c. 3.

Dotis collatio, f. Collationspflicht c. 21.

Dritte Besitzer, ob die querela inoff. donationis gegen sie zulässig sei? f. querela inoff. donationis c. 6.

E

Edictum Carbonianum, f. Missio Carbooiana.

Ehegatten, deren Collation, f. Collationspflicht c. 11.

— — denen eine portio statutaria gebührt, ob sie bei Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werden, f. Pflichttheil A. c. 10 u. 11.

— — deren Beschränkung, ein Testament zu machen, f. testamenti factio activa c. 20.

— — deren Intestaterbrecht, f. Intestaterbrecht der armen Wittwe c. 1.

Ehescheidung, deren Einfluß auf Erbverträge, f. Erbverträge c. 16.

Einheit der Handlung, f. Privattestamente B. c. 6 u. 7.

Einkindschaftsvertrag, dessen Einfluß auf Pflichttheil, f. Notherbenrecht B. c. 14 u. 15.

Einrede mehrerer Miterben, f. Erwerb des Erbrechts c. 19.

— — der Verjährung gegen das remedium ex lege ult. C. de ed. D. Hadrian. toll., f. remedium ex leg. ult. C. de ed. D. Hadrian. toll. c. 6.

Emancipirte, deren Collation, f. Collationspflicht c. 1.

— — deren Erbeinsetzung, f. Notherbenrecht C. c. 1.

Enkel, deren Collationspflicht, f. Collationspflicht c. 8. 9. 10.

— — deren Erbrecht, f. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 16 u. 17.

— — Berechnung des Pflichttheils derselben, f. Pflichttheil A. c. 12 u. Pflichttheil B. c. 5.

— — deren Verzicht auf die Erbschaft der Eltern, ob solches eine Ausschließung von der großväterlichen Erbschaft zur Folge habe, f. Erbverzichte c. 5.

Enterbte, ob sie die actio suppletoria anstellen können, f. actio ad supplend. legit. c. 3.

— — ob ihnen pupillariter substituirt werden kann, f. substitutio pupillaris c. 3.

— — ob ihnen quasi pupillariter substituirt werden kann, f. substitutio quasi pupillaris c. 4.

Enterbte, ob dieselben bei Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werden, f. Pflichttheil A. c. 4. 5. 6.

Enterbungen, durch Erbvertrag, f. Erbverträge c. 8.

— — ob solche im Testamente der Eltern unter Kindern erlaubt seien, f. testament. parentuoi inter liberos c. 18.

Enterbungsursachen.

van de Poll, de exhered. et praeter. c. 48 u. 49.
Stryk, cautela testam. c. 19. §. 23 sq.
Finistres, prael. ad tit. de lib. et post. lib. 4. c. 3.
Glück, Pand. Bd. 7. §. 531. S. 209.
Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen §. 24.
Francke, das Recht der Notherben S. 404 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 895 f.
Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 128.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 140 f.
v. Vangerow, Pand. §. 484.

I.

Ascendenten dürfen ihre Descendenten enterben, wenn Kinder sich thätlich gegen ihre Eltern vergriffen haben. Streitig ist aber, ob das bloße Drohen mittelst Aufhebung der Hand oder eines Stockes genüge.

Einige meinen, es müsse die Thätlichkeit wirklich ausgeführt sein.

Müller ad Struv. exerc. 32. th. 33. not. β.
Stryk, cautela testam. c. 19. §. 25.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 211.

Andere meinen, auch einfache Drohungen könnten, da sie Injurien seien, den Umständen nach einen rechtmäßigen Enterbungsgrund bilden:

Francke, Notherbenrecht S. 404.

namentlich seien Drohungen für schwere Beleidigungen zu halten, wenn ein Fall vorliege, wovon die L. 15. §. 1 D. de injur. rede.

van de Poll, de exhered. et praeter. c. 47. §. 11.

II.

Wenn Kinder den Eltern wirklich entehrende Handlungen, Laster und Verbrechen wahrheitswidrig vor-

werfen oder nachfogen, so bildei dies einen Enterbungsgrund, weil das Kind eine gravis et inhooesta injuria beging.

Allein streitig ist, ob diese Schmähung öffentlich geschehen müsse, oder ob es genüge, daß sie geheim erfolgt sei.

Einige meinen, auch die geheime Schmähung berechtige zur Enterbung, arg. L. 15. §. 12 u. 21 D. de injur.

von de Poll, de exhered. et praeter. c. 49. §. 12.
Weber, über Injurien und Schmähschr. §. 10. Not. 13.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 112.

Andere meinen, die Schmähung müsse stets öffentlich geschehen sein.

Huber, prael. ad Inst. lib. 4. tit. 4. §. 3.
Böhmer in jure Dig. de injur. §. 4.

III.

Streitig ist, ob wegen der dem einen leiblichen Ascendenten zugefügten Injurie der andere Ascendent einen Enterbungsgrund entnehmen könne.

Einige bejahen dies, weil nach älterem Rechte jede justa causa irascendi die Querel auszuschließen vermochte, und die Nov. 115 in dieser Beziehung aus dem älteren Rechte interpretirt werden müßte. Auch gestatteten ja die Gesetze L. 1. §. 3. L. 15. §. 24 D. injur., daß der Ehemann die Beschimpfung seiner Ehefrau in eigenem Namen gerichtlich zu verfolgen berechtigt sei. Ueberdies laute der Ausdruck in der Nov. 115 allgemein: si quis parentibus suis manus intulerit.

Finistres, prael. ad tit. D. de lib. et post. P. IV. c. 3. §. 15.
Pufendorf, T. II. obs. 6 u. 7.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. c. 4. memb. 2. §. 17.
Höpfner, Instit. §. 478. Not. 1.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492. Not. x.

Andere meinen, jene Ansicht lasse sich nicht vertheidigen. Der Ausdruck: si quis parentibus suis manus intulerit könne wenigstens so verstanden werden, daß nur eben diesen beleidigten Eltern, diesem oder jenem parens, welcher so beleidigt sei, das Enterbungsrecht zustehen solle; und daß dies so zu verstehen sei, dafür spreche gerade der Umstand, daß in anderen Fällen, wo es der Zusammenhang mit sich bringe, ausdrücklich dessen zu erwähnen, nur dem Beleidigten die Befugniß zur Enterbung beigelegt werde. Auch sei zu beachten, daß die Enterbungsgründe für Kinder im Gesetze selbst ingratitudinis causae, wie anderwärts offensionis causae, L. 22. L. 23. L. 28 C. de inoff. test., genannt würden, was auf eine individuelle Richtung der Beleidigung hindeute, wenn gleich es auch einzelne Enterbungsgründe gebe, die absoluter Natur seien. Und dann werde nach bekannten Interpretationsregeln, L. 155. §. 2 de reg. jur., die mildere Auslegung unterstützt. Wenn nun auch der Ehemann wegen der seiner Frau zugefügten Injurie die actio injuriarum habe, so sei doch theils ein Schluß von dieser Klage auf das Enterbungsrecht unzulässig, theils würde dieses Argument nur die Ascendenten männlichen Geschlechts treffen, da die Frauen die Injurienklage bei Beleidigung ihres Ehemannes nicht hätten, und endlich würde daraus auch sogar folgen, daß der Vater wegen einer der Stiefmutter zugefügten Injurie das Enterbungsrecht hätte, was doch von Niemand behauptet werde.

Hommel, Rhapsod. obs. 260.
Rave in comment. de interpret. c. 3. Nov. 115. §. 6—9.
Westphal, von Testamenten §. 606.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 215 f.
Francke, Notherbenrecht S. 404—405.
Buchholz, jurist. Abh. S. 144.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 171.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897 f.

IV.

Criminalklagen, die wegen Hochverraths ausgenommen, begründen für Ascendenten einen Enterbungsgrund.

Streitig ist aber, ob sich dieser Enterbungsgrund nur auf Söhne, oder ob er sich auch auf Töchter beziehe.

Einige meinen, dieser Enterbungsgrund betreffe nur den Sohn, denn Töchter könnten keine förmliche accusatio anbeingen, L. 1 u. 2 pr. D. de accusat. 48, 2.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 229—231.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 483. Not. 4.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 960. S. 450.
Höpfner, Institut. §. 478.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1424.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 142.
Mackeldey, Institut. §. 660.

Andere nennen bei diesem Enterbungsgrunde Kinder überhaupt, ohne einen Unterschied zwischen Sohn und Tochter zu machen.

Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen letzten Willen S. 225.
Francke, Notherbenrecht S. 406.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 895.

Andere meinen ausdrücklich, der Enterbungsgrund betreffe auch Töchter, weil es im Justinianischen Rechte erlaubt gewesen, eine öffentliche Anklage auch durch Töchter mittelst eines Procurators vorbringen zu lassen.

Buchholz, jurist. Abhandl. S. 130.

Andere erinnern hiergegen, da bei den Römern Frauen regelmäßig zu solchen Anklagen, auch per procuratorem (L. 42 pr. de procurat. et defensor. 2, 3. L. 13. §. 1 de publ. jud. 48, 1), nicht zugelassen worden seien, so beschränke sich dieser Grund nur auf Söhne. Nur in einigen Fällen sei es ausnahmsweise auch den Frauenzimmern gestattet gewesen, Criminalanklagen durch Stellvertreter zu erheben (L. 1. L. 2 pr. D. de accus. et inscript. 48, 2. L. 5. L. 12 C. de his qui accusare non possunt, vergl. mit L. 33. §. 1 D. de procurat. 3, 1. L. ult. C. de injur. 9, 35), und für solchen Ausnahmsfall treffe der Enterbungsgrund auch die Töchter.

v. Vangerow, Pand. §. 484.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 143.

V.

Streitig ist, ob der Enterbungsgrund wegen Criminalanklagen auch in dem Falle begründet sei, wenn dem Sohn von Amtswegen die Pflicht oblag, das Verbrechen zu verfolgen.

Einige bejahen dies, weil auch in diesem Falle den Sohn der Vorwurf der ingratitudo treffen würde, und die Gesetze keine Ausnahme gestatteten.

van de Poll, de exheredat. et praeterit. c. 50. §. 6.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 230.

Andere wollen für diesen Fall eine Ausnahme annehmen, weil Niemand bestraft werden könne, wenn er seine Pflicht erfülle.

Gambsjäger, diss. sub tit. testamentum in genere et in specie inofficiosum p. itt. §. 12. Nro. 1. p. 50.

VI.

Streitig ist, ob der Enterbungsgrund: wenn das Kind mit Zauberern oder Giftmischern Gemeinschaft pflegt — nur auf Söhne zu beziehen sei.

Einige bejahen dies.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 231.
Höpfner, Institut. §. 478.

Andere meinen es liege kein Grund vor, diesen Enterbungsgrund auf Söhne zu beschränken, da das Wort φαρμακός auf beide Geschlechter sich beziehe.

Buchholtz, jurist. Abh. S. 130. Not. 10.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 144.

VII.

Streitig ist, was Justinian unter φαρμακός eigentlich verstehe.

Einige erklären dies Wort für einen Giftmischer.

Buchholtz, jurist. Abh. S. 130.

Andere für einen Zauberer.

Francke, Notherbenrecht S. 406
Puchta, Pand. Bd. 2. §. 52. S. 277.

Andere für einen Uebelthäter und Verbrecher.

Westphal, von Testamenten §. 563.

Andere für Giftmischer und Zauberer.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 145.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 895.

VII b.

Streitig ist, ob dieser Enterbungsgrund auch heutzutage noch im Gebrauch sei.

Einige bezweifeln dies, weil es Gesellschaften und Verbindungen von Zauberern und Giftmischern heutzutage nicht mehr gebe.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 232.
Weber, Versuche über das Civilrecht S. 19.

Andere meinen, wenn es auch eigentliche Gesellschaften und Verbindungen zu solchem Zwecke heutzutage nicht mehr gebe, so mache ja doch Justinian das Enterbungsrecht nicht von der Theilnahme des Ausgeschlossenen an einer Genossenschaft von Giftmischern, sondern lediglich davon abhängig, daß er mit Leuten verkehre, welche sich mit der Bereitung von Giften und Zaubermitteln abgeben, auch deren Gewerbe betreibe, und dies sei allerdings noch praktisches Recht.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 146.

VIII.

Der Enterbungsgrund: si novercae suae, aut concubinae patris, filius sese immiscuerit, betrifft nur den Sohn, wird aber allgemein auch von dem Enkel verstanden, arg. L. 84. L. 201 D. de verb. significat.

Streitig ist aber, ob dieser Enterbungsgrund heutzutage nur allein noch Anwendung finde, wenn der Descendent seiner Stiefmutter beiwohnte, und ob der geschlechtliche Verkehr mit der Concubine seines Vaters keinen Enterbungsgrund bilde.

Einige behaupten dies, weil der Ausdruck des Gesetzes „aut concubinae" nur auf der Voraussetzung eines rechtmäßig erlaubten Concubinats beruhe, bei uns der Concubinat aber verboten sei, also gar nicht vorkommen könne.

Westphal, von Testam. §. 563 in f.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 231.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 148.
Francke, Notherbenrecht S. 406.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 896.

Andere meinen, auch noch heutzutage sei es ein Enterbungsgrund, wenn der Sohn mit der Maitresse des Vaters, d. h. einer Person, mit welcher der Vater in wilder Ehe lebte, unerlaubten Geschlechtsverkehr habe.

Buchholtz, jurist. Abh. S. 131.

IX.

Streitig ist ferner hierbei, ob der Enterbungsgrund auch auf den Fall zu beziehen sei, wenn die Tochter mit dem Stiefvater concumbirt.

Einige bejahen dies, denn es liege derselbe verbrecherische Incest vor, den Justinian beim Sohn und Vater ausdrücklich für einen Enterbungsgrund erkläre. Hierin liege auch kein Schaffen neuer Enterbungsgründe, sondern nur eine Anwendung der gesetzlichen Vorschrift nach ihrem Geiste, in einem Falle, wo die Worte zu eng gefaßt seien.

Francke, Notherbenrecht S. 414.
van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 53. §. 8.

Andere verneinen die Frage, da die Grundsätze einer strikten Interpretation hier in Anwendung zu bringen seien.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 484.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 147.
Buchholtz, jurist. Abh. S. 131.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 694.

X.

Ein Enterbungsgrund ist: si filius parentes detulerit, et delatione sua effecerit, ut gravia damna perpessi sint.

Streitig ist, ob der Enterbungsgrund nur auf den Sohn, welcher den Ascendenten wegen eines Vergehens bei dem Richter angegeben hat, oder auch auf die Tochter zu beziehen sei.

Einige meinen, es komme hier auf das Geschlecht gar nicht an, da auch die Töchter sich dieses Vergehens schuldig machen könnten, und nach L. 84 de verb. sign. unter filii, omnes liberi verstanden werden müßten.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 223.
Höpfner, Instit. §. 478.
Francke, Notherbenrecht S. 406.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 896.
Meier in Schweppe's röm. P.-R. §. 960.

Andere meinen, nur auf Söhne könne dieser Ent-

erbungsgrund bezogen werden, weil das Gesetz nur diese nenne, und bei einem Gesetze wie die Nov., dessen Tendenz und Inhalt so bestimmt auf die Nothwendigkeit einer stricten Interpretation hinweise, dürften wir die eigentliche Bedeutung eines Worts nicht verlassen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 149.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 683. Not. 7.

XI.

Ferner ist dabei streitig, ob die Anzeige eine fälschliche sein müsse, oder ob auch eine wahre Angabe den Enterbungsgrund rechtfertige.

Einige meinen, die gerichtliche Angabe, einerlei, ob sie mit Recht oder fälschlich erfolgt sei, bilde den Enterbungsgrund. Denn die vulgata sage ausdrücklich: si delator contra parentes filius exstiterit.

van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 54. §. 5.
Marezoll, Bemerkungen in Grolman u. Löhr's Magazin Bd. 4. S. 392.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 960.

Andere meinen, die Angabe müsse wissentlich fälschlich gemacht sein, wie aus dem griechischen Originaltexte hervorgehe, indem der daselbst gebrauchte Ausdruck *συκοφάντης* nur soviel als calumniator bedeute.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 149.
v. Vangerow, Pand. §. 484.

XII.

Wenn ein Sohn, obgleich vom Ascendenten aufgefordert, diesen, da er es doch vermochte, durch seine Bürgschaft aus dem Gefängniß zu befreien versäumte, so besteht gegen denselben ein Enterbungsgrund; streitig ist aber, ob dieser Grund nur Söhne, oder auch die Töchter treffe.

Einige meinen, wenn auch das Gesetz sage: hoc tamen, quod de fidejussione sancimus, ad masculos liberos, et quidem solos pertinere volumus, so gelte doch heutzutage diese Einschränkung des Gesetzes nicht mehr, weil Frauenzimmer so gut wie Mannspersonen sich verbürgen könnten, wenn sie nur dem SC. Velleianum entsagten. Das Gesetz müsse also auch auf Töchter ausgedehnt werden.

Westphal, von Testamenten §. 564. S. 425.

Andere meinen, dieser Enterbungsgrund betreffe nur Söhne, theils weil schon nach römischem Rechte Frauen dem SC. Vell. hätten entsagen können, dieser Grund eine Ausdehnung des Gesetzes also nicht zulasse,

Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 137.
Claproth, von Testamenten §. 18.

theils weil es an sich widersprechend sein würde, wenn die Gesetze den Frauenzimmern die Bürgschaft verbieten, L. 8 C. ad SC. Vell., und dennoch dieselben wider ihren Willen nöthigen wollten, sich bei Strafe der Enterbung dieser Wohlthat auf Verlangen der Eltern zu begeben.

van de Poll, de exhered. et praeter. c. 55. §. 42.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 134.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 150.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 896.

XIII.

Ferner ist dabei streitig, ob verlangt werde, daß der Sohn die Volljährigkeit erreicht haben müsse, oder ob ein Alter von 18 Jahren genüge.

Einige meinen, ein Alter von 18 Jahren sei hinreichend, weil die Nov. 115. c. 3. §. 13 dieses Alter auch erfordere, im Fall die Eltern in feindliche Gefangenschaft gerathen sind.

Stryk, de caut. test. c. 19. §. 32.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1695. Nro. 8.
Höpfner, Institut. §. 478. Nr. 13.

Andere meinen, es würde Volljährigkeit des Sohnes erfordert, weil kein Gesetz im Fragefalle 18 Jahre für genügend erkläre.

van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 55. §. 3.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1424. Nro. 8.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 235.

XIV.

Ferner ist dabei streitig, ob vorausgesetzt werde, daß der Enkel zur Zeit der Aufforderung der nächste Intestaterbe des Ascendenten gewesen sei.

Einige behaupten dies, weil die Worte *οἱ παῖδες οἱ δυνάμενοι ἐξ ἀδιαθέτου ἐπὶ τὴν τούτου διαδοχὴν ἐλθεῖν* (liberi, qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire) deutlich anzeigten, daß nur solche Personen gemeint seien, welche ab intestato zur Erbschaft gerufen seien; der Kaiser habe also diejenigen Descendenten dadurch ausschließen wollen, welche zur Zeit der Aufforderung noch nicht die nächsten zur Succession waren, z. B. die Enkel von einem noch lebenden Vater, gesetzt auch, dieser hätte ihnen zur Zeit des Erbschaftsanfalls Platz gemacht. Denn in der Regel, und wenn nicht überwiegende Gründe für das Gegentheil streiten sollten, dürfe nichts, was der Gesetzgeber gesagt habe, für überflüssig oder unbedeutend erachtet werden.

van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 55. §. 40 u. 41.
Buchholtz, jurist. Abh. S. 133.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 150.
v. Vangerow, Pand. §. 484.

Andere meinen das Gegentheil, denn der Ausdruck *οἱ δυνάμενοι* deute nur auf die Möglichkeit, dereinst Intestaterbe zu werden, die bei den Enkeln jederzeit vorhanden sei. Diese Andeutung aber könne deshalb hier besonders hinzugefügt sein, um die Verpflichtung stärker fühlen zu lassen, demjenigen bei Lebzeiten in dringendster Verlegenheit zu Hilfe zu kommen, auf dessen Vermögen man nach seinem Tode Anspruch machen wolle.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 896. Not. 75.

XV.

Bei dem Enterbungsgrunde: „wenn die Kinder den Erblasser am Testiren zu verhindern gesucht haben" — ist streitig, von welchem Falle dieser Enterbungsgrund zu verstehen sei.

Einige meinen, der Kaiser wolle damit sagen, daß die Kinder ihre Eltern, um deren Intestaterben zu werden, an der Errichtung des Testaments gehindert haben müßten.

Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 226. Nr. 9.

Andere meinen, das Gesetz gebe zu dieser Einschränkung keine Veranlassung und es ließen sich Fälle denken, wo auch ohne jenes Motiv dem Notherben daran liegen könne, daß kein Testament gemacht werde, z. B. er fürchte nur die schimpfliche Ausschließung.

Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 133. Not. 15.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 152.

XVI.

Der Enterbungsgrund: wenn der Sohn sich unter arenarii vel mimi begibt, auch bei dieser Lebensweise beharrte, während die Eltern weder einwilligen, noch dies Gewerbe selbst betreiben — läßt es streitig, ob der Grund nur Söhne oder auch Töchter betreffe.

Einige meinen, er beziehe sich auf Kinder überhaupt, also auch auf Töchter.

Höpfner, Institut. §. 478.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 227.
Walett, Notherbenrecht §. 30.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 226.
Francke, Notherbenrecht S. 406.

Andere meinen, das Gesetz sei nur auf den Sohn zu beziehen.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1424.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 683.
Warnkönig, Comment. jur. Rom. priv. §. 1030.
Haimberger, jus Rom. priv. T. III. §. 330.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 153.

XVII.

Ferner streitet man, ob dieser Enterbungsgrund heutzutage auf Söhne, welche sich unter Schauspieler begeben, zu beziehen sei.

Einige meinen, da das Gesetz mimi nenne, so seien darunter Schauspieler ohne weitere Beschränkung zu verstehen.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 896.

Andere meinen, auf unsere heutigen privilegirten Schauspielergesellschaften passe die römische Verordnung nicht weiter.

Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 137.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 321.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 228.
Francke, Notherbenrecht S. 406.

XVIII.

Ein in Nov. 115. c. 11 enthaltener Enterbungsgrund besteht in Folgendem: „Eine minderjährige Tochter, welche sich der Unzucht ergibt, oder wider den Willen ihrer Eltern sich verheirathet, kann enterbt werden, auch wenn ihr keine Gelegenheit zu heirathen dargeboten wurde; eine Großjährige nur, wenn es ihr an einer solchen Gelegenheit nicht fehlte, oder wenn sie sich mit einem Unfreien einläßt." Hierbei bestehen mehrere Streitfragen:

Ist es eine giltige Enterbungsursache, wenn eine Tochter, gleichviel ob sie minorenn oder majorenn ist, sich überhaupt wider den Willen ihrer Eltern verehelicht?

Einige meinen, die Kinder könnten überhaupt aus dieser Ursache nicht enterbt werden.

Walch, controv. jur. civ. p. 206.
Stryk, cautela test. c. 19. §. 35.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 34.

Andere schränken das Enterbungsrecht der Eltern auf den Fall ein, wenn die Tochter gegen den Willen der Eltern einen Mann heirathe, welcher denselben zur Schande gereiche.

Müller ad Struv. l. c. not. s.
Cujacius, observ. lit. 3. c. 5.
Westphal, von Testamenten §. 565.
Heisler, Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheirathen, zu enterben befugt? (1783.)
Runde, deutsch. P.-R. §. 564.

Andere meinen, nur eine minorenne Tochter könne enterbt werden, wenn sie gegen den Willen der Eltern heirathe; eine majorenne nur alsdann, wenn sie ohne Schuld der Eltern unverheirathet geblieben, d. h. wenn entweder die Eltern ihr einen Mann geben wollten, sie ihn aber nicht angenommen habe, oder die Eltern nicht im Stande gewesen, ihr einen Mann zu verschaffen. Hätten ihr hingegen die Eltern vorsätzlich keinen Mann gegeben, oder wenigstens nicht die gebührende Mühe angewendet, ihr einen zu verschaffen, und die Tochter habe sich wider den Willen der Eltern verheirathet, so könne sie nicht enterbt werden.

Höpfner, Institut. §. 478.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 377.

Andere meinen, man müsse unterscheiden zwischen einer minderjährigen und volljährigen Tochter. Erstere könne enterbt werden, wenn sie sich der Unzucht ergebe, und die Eltern ihr im Heirathen nicht hinderlich gewesen sind. Die Entschuldigung, daß die Eltern sich keine Mühe gegeben hätten, ihr einen Mann zu verschaffen, komme ihr nicht zu Statten. Nur dann finde die Enterbung nicht statt, wenn eine solche Tochter von ihren Eltern ohne alle vernünftigen Gründe vom Heirathen abgehalten sei, obgleich ihr verschiedene anständige Partien angetragen worden. Denn es würde gegen Vernunft und Billigkeit streiten, wenn die Eltern wegen einer Handlung, die sie durch eigene Schuld veranlaßt hätten, die Tochter sollten enterben können. — Sei aber die Tochter volljährig, so müßten sich die Eltern bemühen, sie an einen Mann zu bringen. Hätten sie sich nicht darum bekümmert, und die Tochter komme zu Falle oder heirathe gegen den Willen der Eltern, so finde keine Enterbung statt. Wenn hingegen den Eltern nichts zur Last falle, und wenn sie der Tochter einen anständigen Mann geben wollten, diese habe ihn aber ohne Grund ausgeschlagen, oder die Eltern hätten, aller Mühe ungeachtet, keinen anständigen Mann für ihre Tochter finden können, und sie ergebe sich nun der Unzucht, oder sie treffe eine den Eltern unanständige Heirath, so könne auch eine großjährige Tochter mit Recht enterbt werden.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 237 und die Note 89 das. Alleg.

Andere meinen, die Entscheidung werde immer dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassen bleiben müssen, und nur aus dem Geiste der Gesetze geschöpft werden können. Nach der Nov. 115. c. 3. §. 11 solle nämlich eine wider den Willen der Eltern von der Tochter geschlossene Ehe alsdann keinen Grund der Ent-

erbung abgeben, wenn sie schon zu einem fünfundzwanzigjährigen Alter gelangt sei, und die Eltern hätten gezögert, sie mit einem Manne zu verbinden. Das sogenannte Interim Tit. 21. §. 9 und 10 bestimme nur, daß die Kinder sich ohne Rath und Bewilligung der Eltern nicht verheirathen, die Eltern aber auch ihre Gewalt in Verhinderung oder Trennung der Ehe nicht mißbrauchen sollen; die Frage, ob dieselben den Ungehorsam ihrer Kinder mit Vorenthaltung der Erbschaft ꝛc. zu strafen befugt seien, müsse dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben.

Holtschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 694 f.

Andere meinen, die confuse Rede Justinian's in Nov. 115 cit. lasse zwar Manches dunkel. Justinian habe im ersten Satze die Enterbungsursache durch die allgemeinen Worte: ein schlechtes Leben wählen bestimmt. Wenn nun festgesetzt sei, daß eine Majorenne, welche zu Falle kam, oder wider der Eltern Willen sich, wenn nur nicht mit einem Sclaven verbindet, nicht enterbt werden solle, so zwinge der Kaiser uns dadurch zu der Annahme, daß nach seiner Ansicht auch wider Willen der Eltern eingegangene Ehen zu dem schlechten Lebenswandel gerechnet werden könnten. Freilich habe er nicht jede Ehe, welche vielleicht gegen den Willen eines eigensinnigen Ascendenten eingegangen sei, zu dem schlechten Lebenswandel, welcher den Enterbungsgrund bilde, rechnen wollen. Wohl aber habe er die Eingehung einer wirklich verächtlichen Ehe, falls sie wider Willen der Eltern geschlossen sei, zu den Enterbungsursachen gezählt. Eine volljährige Tochter aber, deren Verheirathung von den Eltern versäumt sei, solle, so wie sie nicht wegen Unzucht enterbt werden könne, auch nicht wegen einer solchen wider Willen der Eltern eingegangenen Ehe enterbt werden, wenn sie nur nicht mit einem Sclaven sich verbinde — denn eine solche Verbindung könnte als ein Zeichen einer besonders verächtlichen Liederlichkeit betrachtet werden. — Wohl aber scheine hieraus zu folgen, daß Justinian doch nicht daran gedacht habe, bei jeder Majorennen die Möglichkeit der Enterbung unbedingt auszuschließen. Die von ihm aufgestellte Regel sei auch nicht, daß nur minderjährige Töchter wegen schlechten Lebenswandels enterbt werden könnten, sondern er verordne dieses von Töchtern überhaupt. Er nehme auch keineswegs majorenne Töchter allgemein aus, sondern entschuldige nur die, welche dadurch, daß die Eltern sie nicht verheiratheten, auf Abwege geriethen. Und wenn gleich Justinian hier eine Schuld der Eltern zu präsumiren scheine, so könne doch diese Präsumtion durch die factischen Umstände, auch den besonders hohen Grad des schlechten Lebens der Tochter, wodurch sie besonders liederlich erscheine, gehoben werden.

Francke, Notherbenrecht S. 406 f.
Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 484.

Andere stimmen diesem im Allgemeinen bei, erklären das Gesetz aus römisch-geschichtlichen Voraussetzungen, wonach den Vätern gesetzlich zur Pflicht gemacht wäre, für ihre Töchter zu werben (L. 19 D. de ritu nupt.), und stützen den Enterbungsgrund auf ein unzüchtiges, einer anständigen Verheirathung vorgezogenes Leben, wobei nur die Altersgränze ziemlich willkürlich aufgestellt werde:

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 153 f. 161.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 13.

und nur das könne nicht zugegeben werden, daß die großjährige Tochter enterbt werden dürfe, wenn der Erblasser sich vergebliche Mühe gegeben, ihr einen Mann zu verschaffen, und sie sich nun der Unzucht ergebe (wie Glück S. 238 annimmt), ebenso wenig wie es umgekehrt der Minderjährigen zu Statten kommen könne, daß sie durch Schuld der Eltern am Heirathen gehindert sei. Denn auf der einen Seite erfordere das Gesetz jedenfalls, daß der Tochter eine Gelegenheit zur Heirath sich dargeboten habe, auf der andern Seite entschuldige es nur die Großjährige; beides sei aber zu deutlich ausgesprochen, als daß man sich ohne Willkür darüber hinaussetzen könne.

Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 135. Not. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 160.

XIX.

Ferner ist dabei streitig, wann angenommen werden könne, die Tochter habe sich einem unsittlichen, schlechten Lebenswandel ergeben.

Einige meinen, es müsse hierunter ein solches unzüchtiges Leben verstanden werden, daß die Tochter ein Gewerbe aus ihrer Unzucht machen sollte.

Günther, princ. jur. Rom. T. 2. §. 746. Nro. 14.

Andere meinen, der Ausdruck in corpus suum peccare treffe jede Gefallene, also welche sich nur mit einem Geliebten eingelassen habe, und von diesem schwanger geworden sei.

Voet ad Pand. 5. 2. §. 26 in f.
Francke, Notherbenrecht S. 408.

Andere meinen, diese Frage lasse sich weniger sicher positiv beantworten, als sich negativ Merkmale angeben ließen, innerhalb deren die Gestaltung des Begriffs zu suchen sei. Es sei nämlich einerseits nicht erforderlich, daß die Tochter corpore quaestum faciat, andererseits aber auch nicht ausreichend, wenn sie durch Verführung zu Falle gekommen sei; es sei vielmehr die Beurtheilung des Einzelfalls dem richterlichen Ermessen anheimzugeben.

Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 13.

XX.

Ferner streitet man, ob dieser Enterbungsgrund auch auf Söhne zu beziehen sei.

Einige meinen, wenn der Sohn noch unter 25 Jahr alt sei, und wider des Vaters Willen eine verächtliche Person geheirathet habe, welche ihm und seiner Familie zur Schande gereiche, so habe der Sohn die Enterbung verdient. Denn wenn auch die Nov. von diesem Falle nichts enthalte, so sei solches doch in älteren Gesetzen, L. 3. §. 5 D. de bonor. poss. contr. tab., verordnet, und Justinian habe diese nirgends aufgehoben.

Alex. Politus, de patria in testamentis condendis potestate lib. 1. cap. 8 (in Meermanni novo thes. jur. civ. et canon. Tom. 1 p. 256).

Andere dehnen auf Söhne diesen Enterbungsgrund

nicht aus; denn da Justinian solchen Enterbungsgrund in Ansehung der Söhne in der Nov. 115 nicht wiederholt habe, so sei derselbe um somehr für aufgehoben zu halten, da der Kaiser ausdrücklich verbiete, aus anderen Gesetzen Enterbungsursachen herzunehmen, welche in der Nov. nicht enthalten seien. Nov. 115. cap. 3 pr.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 243 und die zahlreich Not. 5 das. Aufges.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 163.

XXI.

Ascendenten können von Descendenten enterbt werden, si parentes liberos suos ad ultimum supplicium dederint, wobei das Verbrechen des Hochverraths ausgenommen ist. Streitig ist aber, ob von den Ascendenten eine förmliche Anklage gegen ihre Descendenten habe erhoben werden müssen.

Einige behaupten dies, und verlangen, daß die Descendenten von den Ascendenten eines Verbrechens, worauf der Tod steht, förmlich angeklagt sein müssen.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1425.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1696. Nro. 1.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897.

Andere meinen, die Art, wie die Anzeige geschehen, sei gleichgiltig; sie könne durch Anklagen, aber auch durch bloßes Angeben, Verrath oder Gewalt erfolgen, nur müsse es eine Ueberlieferung zur gerichtlichen Untersuchung sein; auch spreche dafür, daß von einer förmlichen Anklage keine Rede sei, der Umstand, daß dieser Enterbungsgrund sonst nur auf den Vater, regelmäßig aber nicht auf die Mutter bezogen werden könne. Es heiße auch im Originale: *εἰ οἱ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν*, was die vulgata richtig übersetze: si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint.

Höpfner, Institut. §. 479.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 244.
v. Vangerow, Pand. §. 484.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 167.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 16.

XXII.

Ferner streitet man, ob der angeschuldigte Ascendent freigesprochen oder begnadigt sein müsse, um diesen Enterbungsgrund geltend zu machen.

Einige behaupten dies, weil dem überwiesenen und verurtheilten Verbrecher das Recht, ein Testament zu errichten, gefehlt habe.

v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 141.

Andere widersprechen dieser Ansicht, da ja ein Angeschuldigter während der Dauer der Untersuchung, und selbst noch nach der Verurtheilung, wenn er appellirt hätte, letztwillig verfügen dürfe, und sein Testament bei Kräften bliebe, wenn er, bevor das Erkenntniß rechtskräftig geworden, gestorben sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 167.

XXIII.

Der Vater kann enterbt werden, wenn er mit der Schwiegertochter oder Concubine des Sohnes Unzucht treibt. Streitig ist, ob nach dem Gesetze verlangt werden müsse, daß der Sohn ein Haussohn, ein suus sei.

Einige verlangen das Erforderniß, daß der Sohn ein Haussohn, ein suus sein müsse. Der griechische Text spreche von der Gattin und der Beischläferin *τοῦ οἰκείου παιδός*, *οἰκεῖος* bedeute aber bei den Juristen allemal den suus.

v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 141.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 168.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 484.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.

Andere verstehen die Disposition von einer Unzucht mit der Frau oder Concubine des Sohnes überhaupt, es möge derselbe seines Vaters Gewalt unterworfen sein oder nicht, weil die nach der versio vulgata recipirte Meinung durch den griechischen Text nicht erschüttert werden könne.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 245.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 960.
Francke, Notherbenrecht S. 411.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Höpfner, Institut. §. 480.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 16.

XXIV.

Gewöhnlich stellt man den Satz auf: Ascendenten können enterbt werden, wenn sie das Kind an der Errichtung eines Testaments verhindern. Man streitet, ob das Kind ein Hauskind, suus, sein müsse.

Einige beschränken den Enterbungsgrund auf Hauskinder, weil das Gesetz im Originaltexte den Ausdruck gebrauche: *τοὺς ἰδίους παῖδας*, und weil von Testamenten der Kinder die Rede sei, in rebus, in quibus habent testandi licentiam.

v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 141. Nr. 3 und Not. 33.

Die Meisten reden von Kindern überhaupt; denn die griechischen Worte würden für eigene Kinder gebraucht, ohne daß dabei an ein Gewaltsverhältniß gedacht werde, und der zweite Grund beweise zwar, daß der Gesetzgeber auch die Hauskinder vor Augen gehabt habe, welche nur über ihr castrense und quasi castrense peculium testiren durften; allein ein argumentum a contrario werde dadurch nicht gerechtfertigt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 169.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 16.
Schneider in Gießer Zeitschr. Bd. 12. S. 369.
und fast alle Lehrbücher.

XXV.

Ascendenten können enterbt werden, wenn der Vater die Mutter, oder diese jenen vergiftet und dadurch Tod oder Blödsinn verursacht, oder wenn sich die Eltern auf andere Art einander nach dem Leben getrachtet haben. Streitig ist dabei, ob der Erfolg, Tod oder Blödsinn, eingetreten sein müsse.

Einige behaupten dies, ahne weitere Angabe van Gründen.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 246.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 960.
Höpfner, Institut. §. 479.

Andere meinen, es genüge, daß ein Ascendent seinen Ehegatten durch Gift des Lebens aber des Verstandes zu berauben suche, oder ihm nach dem Leben trachtete; denn das Gesetz erfordere nur, daß das Gift zu einem solchen Zwecke gegeben, nicht aber daß der beabsichtigte Erfolg eingetreten sei.

Francke, Notherbenrecht S. 411.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 170.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897.
Sintenis, Civilr. §. 197.
v. Vangerow, Pand. §. 484.

XXVI.

Ferner ist dabei streitig, ab die Unthat wider den leiblichen Ascendenten des testirenden Kindes verübt sein müsse.

Einige behaupten dies, theils ahne nähere Angabe von Gründen:

Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 229.
Francke, Notherbenrecht S. 411.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 960.
Höpfner, Institut. §. 479.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 246.

theils mit der Bemerkung, daß das Gesetz blaß „liberis esse licentiam etc." sage, ohne zu bemerken, wessen Kinder, wobei also gemeinschaftliche Kinder der genannten beiden Ehegatten vorausgesetzt sein müßten.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 897. Not. 84.

Andere meinen, das Gesetz spreche nur von dem Gatten des strafbaren Ascendenten, sei also auch, da sich mit Sicherheit die entgegenstehende Absicht des Gesetzgebers nicht nachweisen lasse, auf den Fall zu beziehen, wenn das Verbrechen wider den Stiefvater oder die Stiefmutter des Erblassers begangen werde.

v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 142. Not. 37 a.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 170.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 17.

XXVII.

Streitig ist, ab bei den gesetzlich angeführten Enterbungsgründen eine ausdehnende Erklärung stattfinde.

Einige meinen, daß durch die Warte am Schlusse des cap. 4. der Nov. 115: ut praeter eas nemini liceat, ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur der Gesetzgeber alle ausdehnende Erklärung des Gesetzes schlechthin untersagt habe; der Richter müsse sich alsa blaß an die Worte halten, und dürfe nicht mehr Ursachen der Ausschließung annehmen, als die Worte des Gesetzes ausdrückten.

Overbeck, Meditationen Bd. 1. Med. 54.
Book, Lehre von der Enterbung §. 20.
Cocceji, jus civ. controv. 5. 2. qu. 13.
Thibaut, System §. 965.
Derselbe, Versuche I. S. 274.
Derselbe, Theorie der log. Ausl. S. 73 u. 74.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Seuffert, Lehrb. des P.-R. §. 656.
Valett, Notherbenrecht §. 32.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 120.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 248 und die Not. 11 das. Gen.

Andere meinen, eine buchstäbliche Erklärung der Gesetze werde zu Ungereimtheiten führen; vielmehr müßten Handlungen, welche von ganz gleicher oder nach schlimmerer Art seien, mit unter dem Gesetz begriffen sein. Justinian habe auch solche Ausdehnung nicht verboten, sondern seine Absicht gehe nur dahin, zu erklären, daß keine Enterbungsursachen, welche geringer wären, aus den ältern Gesetzen hergenammen werden dürften; dahingegen wären die Fälle, welche durch eine richtige Interpretation aus dem Geiste des Gesetzes hergeleitet werden könnten, als Enterbungsgründe anzunehmen. Hierzu gehörten:

I. Gründe, aus welchen Kinder enterbt werden dürften.

1) Wenn der Sahn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande treibt.

2) Wenn er sich mit der Braut seines Vaters vergeht.

3) Wenn die Kinder selbst ihre Eltern haben in's Gefängniß setzen lassen.

4) Wenn der Sohn zwar selbst den Vater nicht anklagt, aber den Ankläger desselben mit Beweisen unterstützt; aber wenn die Kinder in einer Criminalanklage von freien Stücken ein Zeugniß wider die Eltern ablegen.

5) Wenn Kinder zwar nicht selbst Thätlichkeiten gegen die Eltern verübt, aber dach nicht gehindert haben, daß ein Dritter dieselben mit Schlägen mißhandle, während sie den Eltern hätten helfen können.

6) Wenn der Sahn sich unter Diebes- oder Räuberbanden begibt.

7) Wenn der Sohn mit seiner leiblichen Schwester concumbirt.

8) Wenn die Tochter mit dem Stiefvater Unzucht treibt.

9) Wenn ein Kind die Eltern hat zwingen wollen, zu seinem Vortheil ein Testament zu machen.

10) Wenn die Kinder eine van einem Dritten versuchte Nachstellung nach dem Leben ihres Vaters aber Mutter nicht gehindert haben, während sie solches hätten verhindern können.

11) Wenn die Kinder sich ihrer kranken Eltern, denen es an der nöthigen Pflege fehlte, nicht annehmen, sandern sie verließen, sa daß sie hätten umkommen müssen, wenn sich nicht Fremde ihrer angenommen hätten.

II. Ursachen, aus welchen Eltern enterbt werden können.

1) Wenn der Vater oder die Mutter dem Ehegatten des testirenden Kindes nach dem Leben getrachtet hat. Dies lehre die Analogie der zweiten und fünften Enterbungsursache.

2) Wenn die Mutter mit ihrem Schwiegersohne Unzucht begangen hat.

Huber, praelect. ad Inst. lib. 2. tit. 13. §. 10—12.

Stryk, de caut. testam. cap. 19. §. 22—24.
Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 230.
Westphal, von Testamenten §. 358.
Schmalz, Handb. des röm. P.-R. §. 425.
Höpfner, Institut. §. 480.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1696 in f. und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 248. Not. 12 Angef.
Sintenis, Civilr. §. 197. §. 20.

Andere stellen folgende Ansicht auf: Justinian erkläre, um die darin herrschende Unsicherheit zu beseitigen, finde er es angemessen, die Enterbungsgründe namentlich anzugeben, und es falle danach Niemand mehr aus irgend einem andern Gesetze einen Enterbungsgrund hernehmen, der nicht in diesem neuen Gesetze enthalten sei. Darin liege nichts weniger und nichts mehr, als eine abrogatorische Clausel in Betreff älterer gesetzlicher Bestimmungen über denselben Gegenstand; die Auslegung des Gesetzes selbst werde dadurch nicht berührt, und unbegründet sei die Meinnng, als sei deshalb bei diesem Gesetze eine besonders strenge Interpretation anzuwenden. Aber allerdings sei es des Gesetzgebers Absicht, die Enterbungsgründe erschöpfend zu bestimmen; und über die wahre Willensmeinung desselben dürfe der Ausleger nicht hinausgehen, ohne deshalb gegen den Geist des Gesetzes sich ängstlich an den Buchstaben binden zu müssen.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 898.
Francke, Notherbenrecht S. 414.
v. Vangerow, Pand §. 484.
Hufeland, Lehrb. des Civilrechts §. 1116.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 693.

Andere meinen, alle diese Streitigkeiten seien ohne Bedeutung, weil die zweite Enterbungsursache: si gravem et inhonestam injuriam parentibus ingesserit, alle die vermeinten Ausdehnungen mit umfasse.

Bynkershoek, obs. lib. 5. cap. 5; opp. omn. T. I. p. 138.

Präjudiz 1.

In Beziehung auf Religionsänderung ist eine ausdehnende Erklärung der Nov. 115. c. 4. §. 8 für unzulässig erklärt:

Auf Grund des gemeinen Rechts
Nov. 115. cap. 4.

läßt sich nicht behaupten, daß jüdische Eltern wegen Uebertritts ihrer Descendenz zum christlichen Glauben oder wegen Verheirathung mit Christen zur Enterbung berechtigt seien.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 29. Jan. 1856.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 166.

XXVIII.

Streitig ist, ob eine gesetzliche Enterbungsursache durch eine erfolgte Versöhnung wieder aufgehoben werde.

Einige meinen, eine wirklich bestehende Enterbungsursache könne durch bloß nachfolgende Verzeihung oder Versöhnung niemals unwirksam, das daraus entstandene Enterbungsrecht also nicht aufgehoben werden. Denn das Recht der Ausschließung beruhe auf dem schlechten Betragen des Pflichttheilsberechtigten, nicht auf dem dadurch erregten Zorn des Testirers, sei also objectiv und nicht subjectiv. Aus diesem Grunde bestehe also keine Gleichheit mit den Injurienklagen, was denn auch schon daraus folge, daß die Enterbung auch nach erfolgter Verjährung der Injurienklage dennoch statt finden könne. Diese Ansicht finde Unterstützung in der L. 23 D. de liber. et post. 28, 2.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1424.
Walch, introd. in contr. jur. civ. p. 209.
Leyser, sp. 357. m. 8.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 6. S. 70.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 687.

Andere behaupten das gerade Gegentheil, indem sie aussprechen: Hat der Erblasser vor aber nach dem Testamente das Vergehen förmlich verziehen, so findet nun deshalb keine weitere Ausschließung statt. Man beruft sich auf §. 12 Inst. 4, 4. L. 11. §. 1 D. 47, 10 und auf allgemeine Grundsätze.

Mackeldey, Lehrbuch §. 660 a. E.
Thibaut, System §. 965.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 217.

Andere meinen, es müsse darauf gesehen werden, ob die Verzeihung nach dem Willen des Verzeihenden auch die Wirkung haben solle, daß auch die erfolgte exheredatio ungiltig sei aber nicht; im ersten Falle müsse dem Willen des Erblassers nachgegangen werden.

Balett, Notherbenrecht §. 33.

Andere wollen überhaupt Alles nach der Individualität des einzelnen Falles bestimmt wissen, mithin die Entscheidung dem freien richterlichen Ermessen ganz überlassen.

Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 233.

Andere beschränken die Wirksamkeit der Verzeihung überhaupt auf solche Enterbungsgründe, welche unmittelbar aus einer Beleidigung entspringen; denn die anderen Indignitätsgründe könnten nur objectiv in Betracht kommen, und wirkten an sich ohne Rücksicht auf subjective Empfindlichkeit. Hiernach würde das Enterbungsrecht bei gebesserter oder geänderter Lebensweise im vierten und zehnten Enterbungsfalle, die erfolgte Rückkehr zur wahren christlichen Religion in dem vierzehnten Falle, und Versöhnung und Verzeihung bei Injurien ausgeschlossen sein.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 185.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 899.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 281. Not. 7.

Andere unterscheiden, ob die Verzeihung vor der Errichtung des Testaments oder nach derselben stattgefunden habe; im ersten Falle sei die Enterbung unzulässig, weil der Enterbungsgrund zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen sein müsse, um zur Enterbung zu berechtigen; im zweiten Falle sei die bereits im Testamente ausgesprochene Enterbung durch Versöhnung nicht als vernichtet zu halten.

Wer nämlich eine Wirkungslosigkeit der geschehenen Enterbung annehme, der spreche damit indirect die Ungiltigkeit des ganzen Testaments aus, denn ohne positive Aenderung erscheine ja nun der Notherbe als präterirt. Dies wäre doch aber offenbar der Absicht des Testators als zuwiderlaufend zu betrachten. Es habe daher gewiß der Schluß am meisten für sich, daß, da Verzeihung und Versöhnung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter an sich trügen, sondern von rein innerlicher Natur seien, die nicht geschehene Zurücknahme des die Enterbung enthaltenden Testaments den unwiderleglichen Gegenbeweis liefere, daß jene wirklich nicht erfolgt seien, während umgekehrt, wenn sie vor der Er-

richtung des Testaments als geschehen betrachtet würden, die gewöhnlichen Aeußerungen derselben die etwa den noch ausgesprochene Enterbung so lange aufwägen müßten, bis im Gegenbeweise dargethan worden, daß Verzeihung und Versöhnung in der That nicht erfolgt seien.

Höpfner, Institut. §. 478.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 2. S. 256.
v. Vangerow, Pand. §. 484.
Sintenis, Civilr. § 197. Not. 22.

Andere wollen auch im zweiten Falle den Enterbungsgrund für aufgehoben annehmen.

Francke, Notherbenrecht S. 414.

Präjudiz 1.

Die Verzeihung einer Injurie, welche zur Enterbung berechtigen würde, von Seiten des Ascendenten dem notherbberechtigten Descendenten gegenüber, kommt nur dann in Betracht, wenn sie vor Errichtung des Testaments eingetreten ist; die Verzeihung muß eine vollständige sein; der Zusage, eine Enterbung wegen der erlittenen Injurie nicht vornehmen zu wollen, bedarf es indessen nicht.

Erk. des OAG. zu Celle a. J. 1842, in S. Weber c. Weber.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 34.

Enterbungsursache bei der exheredatio bona mente, s. exheredatio bona mente c. 4.

— — Erforderniß der speciellen Angabe derselben, s. Notherbenrecht C. c. 1.

— — ohne Enterbung, deren Folge, s. Notherbenrecht C. c. 6.

— — der Geschwister, s. querela inoff. test. c. 8. 9. 10.

— — deren Beweis, s. daselbst c. 18.

Entsagende, ob solche bei Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werden, s. Pflichttheil A. c. 7. 8. 9.

Erbeinsetzung des Notherben auf Nichts, deren Folge, s. Notherbenrecht B. c. 3.

— — auf Vorempfangenes, s. Notherbenrecht B. c. 5.

— — im Testamente der Eltern unter Kindern, s. testam. parent. inter liberos c. 16 u. 17.

Erben, rechtliche Bedeutung dieses Ausdrucks, s. Auslegung letztwilliger Verordnungen; desgl. legata verbis precativis relicta das Präj. des LG. Wolfenbüttel vom 3. Juli 1834, in S. Kohlig c. Recht'schen Curator.

Erbeseinsetzung.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 116 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 449.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 907.
Sintenis, Civilr. §. 172.

I.

Der eingesetzte Erbe muß der Regel nach zu zwei Zeiten erwerbfähig sein, nämlich: a) zur Zeit der Errichtung des Testaments, und b) im Augenblick des Erbanfalls und von da bis zum wirklichen Erwerbe.

Streitig ist aber, ob auch bei der bedingten Erbeinsetzung diese testamenti factio zur Zeit der Testamentserrichtung wirklich erfordert werde.

Einige verneinen dies, indem man in L. 4 de reg. Caton. 34, 7: placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere den Beweis fand, daß bei bedingter Erbeinsetzung zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio nicht erforderlich sei. Vergl. L. 41. §. 2 in f. D. de legat. I.

Duoell, Comm. lib. VI. c 17. §. 30.
Toullieu in Collectan. pag. 44 f.

Andere meinen, daß die Catonianische Regel sich auf bedingte Erbschaften und Legate gar nicht beziehe, L. 3 D. de reg. Caton. 34, 7: Catoniana regula non pertinet ad hereditates.

Gothofredus in Comment. ad tit. de reg. jur. ad L. 210 D. de reg. jur.
Cujacius, observ. lib. 4. cap. 4.

Jedenfalls habe die L. 4 cit. nicht den von den Gegnern angegebenen Sinn, vielmehr bedeute sie: die aus der Fassung der Catonianischen Regel sich ergebende Beschränkung leide auf bedingte Erbeseinsetzung keine Anwendung.

Es sei also auch bei bedingten Erbeinsetzungen erforderlich, daß der Erbe zur Zeit der Erbeseinsetzung testamenti factio gehabt haben müsse.

Arndts im rhein. Museum Bd. 5. S. 209.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 909.
Müller im civil. Archiv Bd. 14. S. 281.

Andere meinen, die Einsetzung eines gegenwärtig Unfähigen sei wenigstens dann giltig, wenn sie ausdrücklich auf den Fall, daß dieser künftig fähig werde, gestellt sei. Diese Ansicht gründe sich auf L. 62 pr. D. de hered. instit.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 45.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 145 bis 157.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 443.
Thibaut, System §. 947.
Seuffert, Lehrb. Bd. 3. §. 533 a. E.

Siehe die versuchten Widerlegungen dieser Ansicht bei
W. Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall S. 86.
Hasse im rhein. Mus. III. S. 413.
Arndts das. V. S. 212.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. S. 84 u. 88.
Puchta, Lehrb. §. 464. Not. w.

II.

Ebenso streitet man bei den bedingten Erbeinsetzungen, ob die Erbfähigkeit in drei Zeitpunkten, nämlich: der Testamentserrichtung, des Todesfalls des Testators und der Erfüllung der Bedingung stattfinden müsse.

Einige behaupten dies, mit dem Bemerken, daß dieses die gemeine Meinung sei, cf. L. 26 in f. D. de condit. institut.

Höpfner, Instit. §. 482.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1289. not. b.

Andere meinen, daß es bei dem unter einer Bedingung ernannten Erben überhaupt genüge, wenn er zur Zeit des Erbschaftsanfalls fähig sei, und dieses bis zum wirklichen Erwerb der Erbschaft bleibe, daß aber sein Verhältniß zur Zeit der Testamentsvollziehung hierbei nicht in Betracht komme. L. 4 D. de reg. Caton. 34, 7.

Weber zu Höpfner's Institut. §. 482. Not. 4 a. E.

Andere meinen, die Natur der Sache biete bei der bedingten Einsetzung, im Gegensatz zu der unbedingten,

keine andere Verschiedenheit dar, als daß an die Stelle der Todeszeit des Erblassers die der existent gewordenen Bedingung trete, und folglich zu dieser und zur Zeit der Testamentserrichtung die Erbfähigkeit bestanden, und bis zur wirklichen Erwerbung fortgedauert haben müsse.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 128.
Thibaut, System §. 947.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 607.

Präjudiz 1.

Im römischen Rechte,
fr. 6. 7. 8 de suis et legit. hered. 38, 16.
§. 8 Inst. de hered. quae ab intest. defer. 3, 1.
ist bestimmt, daß ein post mortem avi conceptus nicht zur Intestaterbfolge im großväterlichen Nachlasse zugelassen werde.

Bezüglich der testamentarischen Erbfolge ist in
fr. 29 pr. §. 2 und 3 de liber. et postum. 28, 2.
fr. 3 de bon. poss. sec. tab. 37, 11.
fr. 10 de ventre in poss. mitt. 37, 9.
festgesetzt, daß ein postumus, wenn derselbe zur Zeit des Ablebens des Testators bereits erzeugt war, giltig eingesetzt werden könne.

Abgesehen nun davon, daß die letzten Stellen nur von einem postumus handeln, worunter man regelmäßig einen nachgebornen Descendenten versteht, und daß schon aus diesem Grunde die Anwendung jener die testamenti factio beschränkenden Bestimmungen auf die Erbeseinsetzung anderer nachgeborener Verwandten gewagt wäre, ist zu erwägen, daß der Rechtssatz, wonach ein zur Zeit des Ablebens des Erblassers noch nicht concipirter Verwandter überhaupt nicht als Erbe eingesetzt werden könne, auf keinen Fall bestimmt und unzweideutig ausgesprochen sei; es ist in jenen Fragmenten namentlich nicht gesagt, daß die Willkür des Testators in jener Hinsicht beschränkt sei. Bei bedingten Erbeinsetzungen (eine solche lag vor) und Substitutionen wird es nicht selten vorkommen, daß sich erst nach langer Zeit herausstellt, wer Erbe ist; auf solche Fälle konnte jener Rechtssatz schon der Natur der Sache nach nicht bezogen werden: denn institutiones conditionatae sind rechtsbeständig, wenn nur im Verlaufe der Zeit die Individualität des Erben bestimmt wird.

Glück, über Intestaterbfolge S. 586. Not. 41.
Frhr. v. Kreitmayr, Anmerk. zum Cod. civ. Max. P. 3. cap. 3. §. 9. Nr. 10.

Von besonderer Wichtigkeit ist übrigens die Novelle 118. Schon im Eingang erklärt Justinian:

„necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere, itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus."

In Cap. 1 wird dann über die Succession der Descendenten bestimmt:

„Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae et gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur."

Nach dem früheren Rechte (cf. §. 8 Inst. cit.) wurde angenommen, daß ein post mortem avi erzeugter und geborener Enkel nicht Intestaterbe des Großvaters sein könne, weil kein Cognationsverhältniß zwischen dem Enkel und Großvater bestanden habe.

Nach der Nov. 118 gründet sich aber das Intestaterbrecht auf das Descendentenverhältniß, welches davon nicht abhängt, ob der Enkel zur Zeit des Ablebens des Großvaters schon als Embryo existirt habe.

Wenn nun hiernach die frühere Bestimmung des römischen Rechtes als aufgehoben erscheint, so kann bei einem erst nach dem Tode des Erblassers erzeugten Descendenten ein Mangel der testamenti factio passiva um so weniger angenommen werden, als es widersinnig wäre, einem zur Intestaterbfolge qualificirten Descendenten die Institutionsfähigkeit abzusprechen.

Selbstverständlich gilt aber dieses auch bei anderen nachgeborenen Cognaten. Es ist wahrlich nicht abzusehen, warum nur solche nascituri, welche bei Lebzeiten des Erblassers bereits concipirt waren, als Erben sollten eingesetzt werden können.

Der Erblasser ist bei letztwilligen Verordnungen auf solche Art nicht beschränkt, und es hat daher nur auf den Inhalt des Testamentes anzukommen.

Erk. des OAG. zu München vom 22. Juni 1854, N. R. 1097. 1853/54.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 63.

III.

Häufig stellt man die Regel auf: positus in conditione non est positus in dispositione. Man kann nämlich im Allgemeinen Jeden in conditione positus nennen, welcher in der Bedingung, worunter ein Anderer eingesetzt ist, erwähnt wird, z. B. Titius soll mein Erbe sein, wenn er meine Schwester heirathet. Indessen wird dabei schwerlich Jemand auf den Gedanken kommen, die Schwester für eingesetzt zu halten. Die Frage kann also nur auf solche Fälle bezogen werden, wo möglicherweise der in conditione positus für eingesetzt zu achten ist. Also wenn Jemand unter der Bedingung honorirt ist, daß ein Anderer bei der Delation des Erbrechts nicht vorhanden sein werde, so ist dieser in conditione positus; es fragt sich nämlich, ob nicht die in dem Bedingungssatze genannte Person für zunächst eingesetzt zu halten sei, mithin den unter der Bedingung Eingesetzten ausschließe? z. B. der Testirer sagt: ich setze den Titius zum Erben ein, wenn Mevius vor mir mit Tode abgegangen sein wird. Ist Mevius hier für eingesetzt zu halten, so daß also die Erbschaft ihm anfällt, wenn er den Testirer überlebt? Oder: ich setze den N. zum Erben ein; sollte derselbe aber ohne Kinder sterben, so soll die Erbschaft an Z. fallen. Sind hier die Kinder des N. als (direct oder fideicommissarisch) eingesetzt anzusehen?

Die Ansichten hierüber sind von jeher verschieden gewesen.

Einige verneinen die Frage, vertheidigen also den Grundsatz: positus in conditione non positus est in dispositione. Man beruft sich auf L. 16 in f. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 19. L. 85 D. de hered. inst. 28, 5.

Schweppe, röm. P.-R. §. 809 a. E.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 455.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 666.
Puchta, Pand. §. 466. Not. 1.
Höpfner, Institut. §. 474. Not. 4. §. 603. Not. 2.

Andere wollen wenigstens in dem letztgenannten Beispiele (einer Substitution) die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, indem sie annehmen, daß die Kinder des N. unter der Voraussetzung für eingesetzt zu halten seien, wenn es erhelle, daß der Testirer sie habe begünstigen wollen; denn Fideicommisse könnten ja auch stillschweigend angeordnet werden. L. 37 D. de hered. inst. 28, 5, vergl. mit L. 85 D. eod.

Heisler, diss. de liberis posit. in condit. §. 13 und 18.

Andere wollen überhaupt die Frage bejahen. Denn

wenn der Satz positi in conditione non sunt positi in dispositione auch nach Pandektenrechte anerkannt gewesen, so sei solches nach L. 15 C. de test. 6, 23 nicht mehr der Fall.

Mantica, de conjectur. ult. volunt. lib. 2. c. 2.

Andere bejahen die Frage nach heutigem Rechte zwar nicht allgemein, nehmen aber an, es sei eine quaestio facti, welche nach den Umständen des einzelnen Falls (nach L. 15 cit.) zu entscheiden, und eben so oft nach der Absicht des Testators zu bejahen als zu verneinen sei.

J. H. Böhmer, de verb. directis et obliquis §. 16.
J. H. Böhmer, exercit. ad P. I. Nro. 4.
v. Vangerow, Pand. §. 449. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 607.

Andere finden es bedenklich, die allgemeine Pandektenregel durch L. 15 C. de test. für aufgehoben zu erachten, weil dieses Gesetz jünger sei als die Pandekten und überdem auch nicht eigentlich das Gegentheil ausspreche. Auch sei es bedenklich, aus der Absicht des Testators das Gegentheil zu schließen, da nicht zu begreifen sei, was den Testirer bewogen haben sollte, wenn er wirklich beabsichtigt haben sollte, den in der Bedingungsformel Genannten zu honoriren, seine Absicht hinter einer solchen Wendung zu verstecken.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 239.
Puchta, Lehrb. §. 466. Not. 1.
Mayer, Erbrecht §. 19. Not. 3.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 918.
Sintenis, Civilr. §. 172. Not. 4.

IV.

Sind Einer oder Mehrere ex asse oder in duodecim uncias, also auf das Ganze, eingesetzt, und dann noch ein Anderer auf einzelne unciae, so tritt nach L. 13. §. 4 u. 6. L. 47. §. 1 de hered. inst. 28, 5 ein verhältnißmäßiges Decresciren ein, und es wird angenommen, daß der Testator diese Theilungszahl willkürlich vermehrt habe; also wenn der Testator den A auf das Ganze, und den B auf $^1/_2$ eingesetzt hat, so soll A $^2/_3$, B $^1/_3$ bekommen.

Streitig ist nun, wie sich zu dieser Entscheidung des Pandektenrechts Justinian's Decision in L. 23 C. de legat. 6, 37 verhalte, wo der Kaiser entscheidet, der Testirer habe durch die folgende Anordnung die frühere geradezu vermindert, wo also nach rein arithmetischer Proportion der in der späteren Disposition genannte Theil von dem früher genannten Ganzen vollständig abzuziehen sei, so daß in dem angegebenen Beispiel B $^1/_2$ und A den Rest zu $^1/_2$ erhalten müsse.

Einige meinen, durch Justinian's Entscheidung sei das Pandektenrecht aufgehoben; denn die römischen Juristen seien über die in den Pandekten entschiedenen Fälle keineswegs einig gewesen, und die Entscheidungen Justinian's über früher zweifelhafte Rechtsfragen müßten uns zur Norm dienen.

Duarenus in Comment. ad tit. D. de hered. inst. cap. 3.

Andere meinen, es lasse sich eine Vereinigung der Gesetzesstellen rechtfertigen; namentlich nehmen Einige an, die Regel des Codex sei nur von dem Fall zu verstehen, wenn die verschiedenen Dispositionen an verschiedenen Stellen des Testaments vorkämen, während die Pandekten dann angewendet werden müßten, wenn die verschiedenen Erbeinsetzungen uno tenore angeordnet seien. Es ergebe sich dies aus den Worten Justinian's in L. 23 cit.: deinde — ab initio — recessisse a priore voluntate, primo, secundo, u. s. w.

Schrader, civil. Abhandlungen Nr. 4.
Giphanius in den explanat. diffic. leg. Cod. ad L. 23 C. de leg.

Siehe die Widerlegungen bei

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 127 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 449. S. 164 f.

Andere meinen, es komme in den Gesetzen nicht etwa der Fall in Frage, ob der Testator Jemanden zuerst auf das Ganze oder auf 12 Unzen zum Erben einsetze, sondern der Fall, ob bei den nachherigen Theilbestimmungen die technische Bezeichnung von Astheilen (semissis, dodrans, bes u. s. w.) gewählt worden sei, oder ob der Testator die Theile nach absoluten Theilbegriffen ($^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$) bestimmt habe; von Fällen der ersteren Art redeten die Pandekten, von Fällen der zweiten die L. 23 C. cit.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 122 f.

Andere interpretiren so: Es trete im Allgemeinen die Regel des Pandektenrechts ein; anders aber sei es, wenn der Erblasser Jemanden ausdrücklich auf das Ganze (welches von der Erbeinsetzung ex asse oder ex duodecim unciis zu unterscheiden sei) und dann noch Andere zu einzelnen Theilen berufe. Ueber diesen Fall habe unter den römischen Juristen Streit geherrscht, den Justinian in L. 23 cit. entschieden habe. Dagegen in den Pandekten sei von einer Erbeinsetzung ex asse oder duodecim unciis die Rede. Hiermit stimmten die Worte des Gesetzes überein, und die Unterscheidung der beiden Fälle sei ganz in der Natur der Sache begründet. So nahe nämlich in dem einen Falle der Ausweg liegen mußte, daß der Erblasser die Erbschaft in mehr als 12 Unzen habe theilen wollen, so unbrauchbar müsse derselbe im anderen Falle erscheinen, da doch unmöglich habe mehr als das Ganze vertheilt werden können.

Coceeji, jus contr. 28. 5. qu. 11.
Schweikart in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 372 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 449. S. 163 f.

Andere meinen, die L. 23 cit. kündige als Zweck an, bestandene Zweifel zu beseitigen. Es hieße nun aber den Worten der L. 23 offenbarste Gewalt anthun, wollte man die darin enthaltenen Beispiele nicht mit denen in L. 13. §. 4 D. für identisch anerkennen. Es sei ferner aus §. 5 u. 6 cit. und L. 23 C. §. 1 cit. ersichtlich, daß Meinungsverschiedenheiten über die Berechnungsfälle entstanden wären, wenn nach Einsetzung auf das as noch auf andere Theile, oder nochmals auf das as Einsetzungen erfolgten, welche vielleicht weiter reichten, als die Andeutungen in den Pandekten erkennen ließen, und also eine kaiserliche Entscheidung hätten nöthig erscheinen lassen. Dagegen sei es nicht minder einleuchtend, daß die Supposition Justinian's reces-

sisse quidem a priore voluntate etc. nicht allgemein genommen werden dürfe, wie er denn auch selbst keine allgemeine Anwendung davon mache, sondern in L. 23. §. 1 cit. den Fall entscheide, wenn Jedem von Mehreren nach einander das Ganze zugewendet worden, so sollten alle zu gleichen Theilen concurriren, und nicht der Erste durch den Zweiten ausgeschlossen werden. Mit höchster Wahrscheinlichkeit habe ferner der allgemeine Gebrauch der griechischen Sprache und die Entwöhnung von den altrömischen Formeln an Stelle der diesen entsprechenden Rechnungs- und Ausdrucksweisen solche Bezeichnungen treten lassen, wie sie die L. 23 cit. erwähne, Einsetzung in solidum, oder ohne Beisatz und in dimidiam, tertiam partem u. s. w., und mit diesen absoluten Theilbegriffen, im Gegensatz zu den arithmetischen Verhältnißbegriffen (solennis assis distributio), habe sich nothwendig die Vorstellung und also die Absicht der Testatoren bei deren Anwendung anders gestalten müssen. Hiernach ergebe sich Folgendes: Bei Entscheidung der vorliegenden Fragen ließen sich möglicher Weise vom Gesetzgeber nur zwei Gesichtspunkte einnehmen: entweder könne in Dispositionen der Art nur die Absicht gefunden werden, daß jeder Honorirte Etwas bekomme, oder die zuletzt Honorirten allein, soweit der Nachlaß vom letzten rückwärts reiche (als Eins gedacht), die Früheren nichts, indem in Ansehung ihrer der Wille geändert sei; mit andern Worten: in der späteren anderweiten Vergabung des ihnen anfänglich Zugewendeten liege eine Zurücknahme. Das Erste sei offenbar dem Willen des Testators angemessener; das Zweite führe zu Inconvenienzen und Inconsequenzen, welche dieses Prinzip als im Ganzen unbrauchbar erscheinen lassen müßten. Dem Ersten entspreche nun die ältere römische Anschauungsweise — As, Doppelas u. s. w. — auch namentlich für den Fall des Zusammentreffens mehrerer zum Ganzen Berufener — auf das as Instituirter — oder Eines, der auf eine Quote, und eines Zweiten, der auf das Ganze eingesetzt worden. Nur für den einzigen Fall, welcher hier gerade in Rede stehe, daß erstlich Einer auf das Ganze — sine parte — und dann ein Zweiter auf eine Quote eingesetzt worden, sei gewiß ein Zweifel wohlbegründet, ob die Absicht des Testators nicht eine andere sei, als die, wie sie der Entscheidung der L. 13. §. 4 cit. zum Grunde liege. Gewiß dürfe diese als eine zu weit getriebene Consequenz eines außerdem überall sich berührenden Rechnungsprinzips bezeichnet werden, und zumal in der Voraussetzung einer anderen Ausdrucksweise, als des: in 12 unc. und in 6 unc. scribere. Diesen Fall nun präcisire Justinian, und in seiner Entscheidung des „praesens casus" (wie er ihn wiederholt nennt) müsse daher eine Aenderung des Princips enthalten sein, wonach in L. 13. §. 4 cit. entschieden sei.

Wenn hiernach von allen Gegnern der Annahme einer Derogation (die freilich von den Aeltern in ungleich weiterem Umfange behauptet worden) der Pandektenstellen durch die L. 23 cit. nichts weiter geltend gemacht werden könne, als daß sie darum unwahrscheinlich sei, weil die Abfassung der Pandekten nach jener erst begonnen worden, und sich nicht absehen lasse, warum in dieser alle dadurch antiquirten Stellen Aufnahme gefunden hätten, so erledige sich dieser Einwand nach der vorherigen beschränkten Auffassung der Aenderung, indem die Aufnahme der bezüglichen wenigen Stellen (L. 13. §. 4 u. 6. L. 47. §. 1 cit.) einmal zum Verständniß der L. 23 C. cit. nöthig gewesen, und dann, weil die Streichung dieser wenigen Paragraphen eine Lücke in dem System der alten Auffassungsweise würde haben entstehen lassen, also im Interesse des vollständigen Zusammenhangs in einer ohnehin verwickelten Lehre besser unterblieben sei.

Sintenis, Civilr. §. 172. Not. 23.

V.

Häufig findet sich in Testamenten die Verfügung: Ich setze zu Erben meines gesammten Vermögens ein: meine Wittwe und Kinder B, dergestalt, daß Erstere zeitlebens den Nießbrauch davon haben soll; oder: ich setze auf den Nießbrauch von meinem Vermögen ein den A, und außerdem setze ich noch zu Erben ein den B und dergl. mehr.

Man streitet nun, wer der eigentliche Erbe in dergleichen Fällen sei.

Einige, und zwar die Anhänger der Ansicht, daß der heres ex re certa als Legatar zu behandeln sei, behaupten der Consequenz nach, der ex die incerto, mithin bedingungsweise eingesetzte B sei der Erbe, und könne gegen Caution auch schon vor eingetretener Bedingung in den Nachlaß eingesetzt zu werden verlangen, — er agnoscire bonorum poss. sec. tab. — wogegen die Wittwe x. den Nießbrauch als Legat in Anspruch nehmen könne.

Thibaut, System §. 956.
Glück, Pand. Bd. 9. S. 185.

Vergl. auch

Hennemann, Unters. zweier Rechtsfragen S. 40.
v. Vangerow, Pand. §. 449. S. 159.

Andere meinen, es sei unmöglich, daß der B dem Nießbraucher den Nießbrauch gewähren könne, da er selbst erst nach dem Tode desselben Erbe werden solle. Deshalb müsse die Wittwe A als Erbe des Nießbrauchs und B als bedingter Erbe der Proprietät anerkannt werden.

Voet, comm. ad P. 7. 1. §. 12.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 611.

Andere suchen durch Interpretation des letzten Willens das Resultat zu erlangen, daß die Absicht des Testirers für den A auf Institution und für den B auf vulgäre Substitution, wenn A gar nicht Erbe würde, und auf fideicommissarische Substitution, wenn B den A überleben würde, gerichtet gewesen sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 185.
Huber, praelect. ad D. 28. 5. §. 9.
Müller ad Struv. exerc. 30. §. 6.
Rentis im Rechtslexikon Bd. 3. S. 925.

Andere meinen, diese Ansicht habe das Bedenkliche, daß nicht jeder Testator das Recht genau kenne, so daß man annehmen dürfe, er habe das Vorstehende gerade so gewollt; denn der einer letztwilligen Verordnung beigelegte Sinn weiche von dem Wortverstande so sehr ab, daß er niemals als der regelmäßige betrachtet werden könne, und nur besondere Umstände und Gründe

würden in einem concreten Falle die angenommene Interpretation rechtfertigen.

Gehe man nun davon aus, daß die Einsetzung bis zu einem bestimmten Tage, oder von einem solchen an, nichtig sei, daß ein unbestimmter Tag hingegen einer Bedingung gleichgeachtet werde, jedoch nur, wenn es ungewiß sei, ob er eintreten werde, so müßten alle hierher zu ziehenden Dispositionen unter zwei Klassen fallen: entweder sei es nicht ausdrücklich gesagt, wann das Recht des eigentlichen detracto usufructu eingesetzten Erben beginnen solle, oder es sei ihm ein Anfangstermin gesetzt, d. h. ein solcher, der nicht pro adjecta gehalten werde. Im ersteren Falle bestehe eine Erbeseinsetzung ex re certa neben einer solchen sine parte, die einerseits, vermöge der Natur jener res, nach geschehenem Erwerb jener res eine gleiche Wirkung haben müsse, wie wenn zwei dergestalt eine Sache erwerben, daß der Eine den Nießbrauch, der Andere die Proprietät erhalte, andererseits aber, da auch der Erste heres sei, die mögliche Folge des Anwachsungsrechts habe, wenn nämlich der Zweite die Erbschaft nicht erwerben sollte. Im zweiten Falle habe nach älterem Rechte der bedingt berufene Erbe bonor. poss. sec. tab. erlangen, nach neuerem Rechte aber sofort gegen Caution die Erbschaft erhalten können. Mithin sei auch der heres sine parte ex die incerto neben dem auf den Nießbrauch Eingesetzten sofort berufen, und in der Lage, die Erbschaft (vorläufig) zu erwerben, und hiermit der zweite Fall dem ersteren gleich zu beurtheilen. Da nun aber der Todestag eines Menschen kein solcher dies incertus sei, welcher einer Bedingung gleichstehe, indem er ja nicht ausbleiben könne, so sei der Zusatz für den Erwerb der Erbschaft überhaupt pro non adjecto und also für völlig irrelevant zu halten.

Sintenis, Civilr. §. 172. Not. 22.

Präjudiz 1.

In einem Ehe- und Einkindschaftsvertrage war unter Anderem bestimmt: für den Fall, daß die Frau vor dem Ehemanne versterben würde, ohne Kinder mit ihm erzeugt und am Leben hinterlassen zu haben, ist der Ehemann als Universalerbe des ganzen Nachlasses seiner Ehefrau auf seine Lebenszeit eingesetzt ... Der also vorgesehene Fall trat ein. Als nun nach dem späteren Tode des Ehemannes die erstehelichen Kinder der Frau (conjux binuba), die erwähnte Bestimmung geltendmachend, gegen die Testamentserbin ihres Stiefvaters auf Herausgabe ihres mütterlichen Nachlasses klagten, wurde von Seite der Beklagten auf den Grundsatz „semel heres semper heres" Bezug genommen, und die Unwirksamkeit der Nebenbestimmung „auf seine Lebenszeit" behauptet. Dagegen sagen die Motive der oberrichterlichen Entscheidung: Aus diesem Zusatze erhellt deutlich die Absicht der Ehefrau, daß ihr Vermögen nach dem Tode ihres Ehemanns an ihre Kinder fallen solle, daß sie ein Fideicommiß hat errichten wollen, womit der Grundsatz: „semel heres semper heres" nicht .. im Widerspruche steht. — Hievon abweichend, heißt es in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung: Die Ehestiftung vom 22. Dec. 1812 (in welcher obige Bestimmung vorkam) enthält einen die gegenseitigen Erbrechte erschöpfend bestimmenden Erbvertrag, welcher ... den eigenthümlichen Vorschriften für Testamente nicht unterliegt; daher tritt, wenn dadurch dem Manne der Nachlaß seiner Frau nur auf Lebenszeit zugesichert war, nach seinem Tode das Recht der Erben der Ehefrau, auch ohne eine hier allerdings nicht erfindliche fideicommissarische Substitution, wieder in Kraft.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 7. Febr. 1849.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 197.

Erbschaft eines Dritten, Verträge darüber, s. Erbverträge c. 4.

Erbschaftserwerbung eines Verschollenen, s. Verschollenheit c. 3.

Erbschaftsgrundstücke, deren Verloosung oder Verkauf, s. judicium familiae hercisc. c. 9.

Erbschleicherei, s. Betrug c. 3; desgl. Testamente, deren Inhalt, die Willenserklärung c. 6 u. 7.

Erbtheilung, s. judicium familiae hercisc.

Erbtheilungen bei uneröffneten Testamenten, s. Testamente, deren Anerkennung.

Erbunfähigkeit.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 116 f.
Glück, Intestaterbfolge §. 28.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 160.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404.
Lehr, Erörterung der Frage, in welchem Zeitpunkte der Testamentserbe oder Legatar erbfähig sein müsse (1792).
Roßhirt, Erbrecht S. 63.

A. Absolute Erbunfähigkeit.

I.

Die L. 5 Cod. ad leg. Juliam majest. (9, 8) bestimmt, daß Söhne und Töchter — filii — von Hochverräthern Niemandem, weder ab intestato noch ex testamento succediren dürfen, und nur die Töchter sollen aus der mütterlichen Nachlassenschaft, möge die Mutter ein Testament errichtet haben oder nicht, eine Falcidia erhalten.

Streitig ist dabei, ob die den Kindern des Hochverräthers anfallenden Erbschaften an die Intestaterben des Erblassers kommen, oder vom Fiscus vindicirt werden.

Einige meinen, daß dem Fiscus die Intestaterben vorgehen, weil die Kinder nicht eigentlich gestraft oder für indigni erklärt, sondern nur als erbunfähig ausgeschlossen werden.

Ant. Perez, prael. in Cod. ad leg. Juliam maj. Nro. 25.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 246.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404. S. 22.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 480.

Andere wollen, von dem Grundsatze ausgehend, daß bei politischen Verbrechen die politischen Gesinnungen regelmäßig in einer Familie sich forterben, daß also die Kinder wegen ihrer eigenen präsumtiven Gesinnung bestraft werden müßten, dem Fiscus die Erbschaft zusprechen.

Cyrus u. Salicetus ad L. 5 Cod. ad leg. Juliam majest.
Abegg im neuen Archiv des Crim.-Rechts Bd. 7. Abh. 7.
Hartitzsch, das Erbrecht nach röm. u. heut. Rechte §. 24. Nr. 3.

II.

Streitig ist, wen die L. 5 cit. unter filii eigentlich verstanden habe.

Einige meinen, nur auf die Kinder, welche zur Zeit des Hochverraths bereits geboren waren, sei die L. 5 cit. zu beziehen.

Feuerbach, peinl. R. §. 169. Not. d.
Finkelthaus, diss. de crim. laes. maj. §. 32 u. 50.

Andere meinen, die ratio legis passe auf die bereits geborenen und die noch nicht geborenen Kinder in gleicher Weise.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404. S. 22.
Matthaeus, de crim. ad lib. 48. tit. 2. c. 3. §. 15.
Wächter, Lehrb. des Strafrechts Bd. 2. S. 526.
Henke, Handb. des Crim.-R. Bd. 3. S. 451. Not. 6.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 246.
Puchta, Lehrb. §. 441.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 480.

III.

Streitig ist, ob in der L. 5 cit. auch die emancipati filii, als erbunfähig, ausgeschlossen seien.

Einige bejahen dies, ohne einen Unterschied zwischen dem vor und nach dem Verbrechen Emancipirten zu machen, weil in dem Gesetze nirgends auf väterliche Gewalt Gewicht gelegt werde, vielmehr von allen ehelichen Söhnen des Hochverräthers ohne Unterschied die Rede sei.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404. S. 21.

Andere beschränken die Erbunfähigkeit auf die zur Zeit des begangenen Verbrechens nicht bereits emancipirten Söhne.

Matthaeus, de crim. ad lib. 48. tit. 2. c. 3. §. 12.

IV.

Streitig ist, was unter der in L. 5 cit. den Töchtern aus der mütterlichen Nachlassenschaft gebührenden Falcidia zu verstehen sei.

Einige meinen, wenn auch buchstäblich der vierte Theil in der L. 5 cit. gesagt sei, so müsse, wie in anderen Fällen, doch der Pflichttheil darunter verstanden werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 246. und die Not. 88 Allegirten.

Andere meinen, das den Töchtern Vergönnte komme nicht als Pflichttheil in Betracht, sondern der Kaiser habe nur bei Feststellung der Quantität die damalige Größe des Pflichttheils zu Grunde gelegt, und somit bleibe den Töchtern stets ein Viertheil aus dem Vermögen ihrer Mutter.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. §. 780.

Vergl. testamenti factio activa c. 3.

V.

Streitig ist, ob diese Bestimmung rücksichtlich der Kinder der Hochverräther noch heutzutage praktisch sei.

Einige meinen, das Gesetz sei als antiquirt zu betrachten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 246 und die Not. 92 Allegirten.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 480.
Puchta, Pand. §. 441.
Matthaeus, de crim. lib. 48. tit. 2. Nro. 10.
Gerstäcker im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. 7. Nr. 15.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 160. Not. 1.

Andere führen die Bestimmungen der L. 5 cit. noch als praktisches Recht auf.

Feuerbach, peinl. R. §. 169.
Lauterbach, coll. th. pr. P. lib. 28. tit. 2 u. 5. §. 8. Nro. 6.
Roßhirt, Einl. in das Erbr. S. 59. Nr. 3.
Schweppe, röm. P.-R. §. 780.
Grolmann, Grundf. des Crim.-R. §. 332.
Thibaut, System §. 944.
Mackeldey, Lehrb. §. 608.
Buchholz, jurist. Abhandl. S. 126.

Vergl. Verlust des Erbrechts zur Strafe c. 8.

VI.

Streitig ist, ob Ausländer, Fremde, heutzutage erbunfähig sind, cf. L. 6. §. 2 D. de hered. inst.

Einige verneinen dies allgemein, weil die Civität jetzt nur noch publicistische Bedeutung habe.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404. S. 21.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 242.
Höpfner, Comment. §. 484.
Thibaut, System §. 944.
Mittermaier, deutsches P.-R. §. 102.

Andere meinen, Ausländer seien nur dann erbfähig, wenn, wie jetzt gewöhnlich sei, Particulargesetze solches bestimmten.

Schweppe, röm. P.-R. §. 780.

VII.

Nach römischem Rechte waren die zum Tode Verurtheilten, sowie überhaupt diejenigen, welche zu einer Capitalstrafe, d. h. einer Strafe, mit welcher die magna capitis deminutio verbunden war, verurtheilt sind, erbunfähig, L. 13 pr. D. de bonor. poss. 37,1. L. 3 pr. u. §. 1 D. de his, quae pro non script. 34, 8. L. 1 C. de hered. inst. 6, 21, und von den zur Strafe der Deportation Verurtheilten heißt es in der L. 1 C. cit.: si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt.

Streitig ist nun, ob diese Verurtheilten auch heutzutage erbunfähig seien.

Einige verneinen dies, weil die nothwendige Folge, daß die Verurtheilten Sclaven oder Peregrinen wurden, nicht mehr Anwendung finde.

Wächter im civ. Archiv Bd. 17. S. 430.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 160. Not. 1.
Puchta, System des gem. Civilr. S. 264.

Andere halten die zu einer Capitalstrafe Verurtheilten, sofern sie nicht Restitution erlangt haben, für erbunfähig.

Seuffert, Pandektenrecht §. 522.
Schweppe, röm. P.-R. §. 780.
Mackeldey, Lehrb. §. 608.

Andere meinen, insofern manche neuere Gesetze den bürgerlichen Tod und den Verlust der Rechtsfähigkeit, wenn auch nicht immer aus den nämlichen Gründen, statuiren, so sei doch die Wirkung ähnlich der, welche das römische Recht mit der servitus poenae verknüpfe, namentlich in Beziehung auf die Fähigkeit, etwas zu erwerben, und gehe deshalb auch die Erbfähigkeit verloren. Dies sei z. B. der Fall nach französischem Rechte bei der Verurtheilung zum bürgerlichen Tode, zur lebenslänglichen Zwangsarbeit und zur Deporta-

tion (Code pénal art. 18 u. 23), nach dem österreichischen Gesetzbuche aus dem ersten Grunde und bei Verurtheilung zu schwerem Kerker (Gesetzb. über Verbrechen §. 23), nach dem baierischen bei Verurtheilung zu Kettenstrafe (baierisches Strafgesetzbuch Th. 1. Art. 7).

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 244.
Kleinschrod im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. 2. Abth. 3.

Andere meinen, daß die Verurtheilung in eine Capitalstrafe bei uns an sich die Testirfähigkeit nicht entziehe, jedoch sei auch jetzt der zum Tode Verurtheilte dann unbedingt testirunfähig, wenn außer der Todesstrafe noch Vermögensconfiscation ausdrücklich gegen ihn verhängt werde.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1255.
Günther, princ. jur. Rom. §. 717.
Zimmern, Grundriß des gem. Erbrechts Anhang S. 55.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 65—67.

Vergl. testamenti factio activa c. 2.

VIII.

Streitig ist, ob Apostaten und Ketzer erbunfähig seien, L. 3 C. de apost. 1, 7. Nov. 115. c. 3. §. 14. L. 5 C. de haeretic. 1, 5.

Einige führen als praktisches, noch heutzutage geltendes Recht an, daß Abtrünnige und Ketzer nicht erbfähig seien.

Wening-Ingenheim. Lehrb. §. 443.
Schweppe, röm. P.-R. §. 780.
Thibaut, System §. 944.

Andere meinen, nicht alle Ketzer, sondern nur die Manichäer und Donatisten seien erbunfähig.

v. Buchholtz in s. Abhandl.: Wem ist zur Strafe die testamenti factio entzogen? S. 119.

Andere meinen, da Ketzerei und Apostasie heutzutage keine Verbrechen mehr seien, so sei die Bestimmung des römischen Rechts, daß Ketzer erbunfähig seien, als antiquirt zu betrachten.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 404. S. 21.
Höpfner, Commentar §. 486.
Wächter im civ. Archiv Bd. 17. S. 439.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 249.
Sintenis, Civilr. §. 160. Not. 1.
Puchta, System S. 257.
Eichhorn, Grunds. des Kirchenrechts Bd. 2. S. 116.

Vergl. testamenti factio activa c. 6.

IX.

Streitig ist, ob notorische Zinswucherer — usurarii manifesti — nach c. 2 de usuris in Vito §. 5 erbunfähig seien.

Einige bejahen dieses, gestützt auf c. 2 cit.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1255.
Günther, princ. jur. Rom. §. 717.
Zimmern, Grundriß des gem. in D. geltenden Erbr. Anhang S. 55.
Seuffert, Pand. §. 522.
Puchta, System S. 264. Not. 4.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Mackeldey, Lehrb. §. 636.
Thibaut, System §. 948.

Andere meinen, die Bestimmungen des c. 2 cit. seien bei uns antiquirt.

Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 422.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 732.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 11.
Balett, Pandektenrecht Bd. 3. §. 959.

Vergl. testamenti factio activa c. 1.

X.

Streitig ist, ob die innerhalb des sog. Trauerjahrs sich wieder verheirathende Wittwe absolut erbunfähig sei.

Einige bejahen dies, da die L. 1 C. de sec. nupt. ganz allgemein vorschreibe: omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers, und sei nur am Schlusse der L. 1 cit. bestimmt, daß sie ab intestato nur Verwandte innerhalb des dritten Grades beerben dürfe. Dies sei auch durch Nov. 22. c. 22 bestätigt, und noch geltendes Recht.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1290.
v. Vangerow, Pand. § 404.
Leyser, med. sp. 300. m. 19.

Andere meinen, zufolge der Bestimmungen des canonischen Rechts, c. 5 X. de sec. nupt., sei diese Erbunfähigkeit als aufgehoben und wenigstens nach der Praxis für antiquirt zu betrachten.

Glück, Pand. Bd. 24. S. 197.
Böhmer, jus eccl. prot. T. IV. lib. 4. tit. 21. §. 17.
Schweppe, röm. P.-R. §. 721.
Puchta, Lehrb. §. 421.
Thibaut, System §. 281.
Wächter im civ. Archiv Bd. 17. S. 435.

XI.

In L. 1 C. de Judaeis 1, 9 ist bestimmt: quod Cornelia Salvia universitati Judaeorum, qui in Antiochiensium civitate constituti sunt, legavit, peti non potest.

Streitig ist nun, inwiefern Juden erbunfähig seien.

Einige meinen, daß Juden überhaupt für erbunfähig erklärt seien.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1438. Nro. 3.
Brunnemann ad L. 1 C. de Judaeis in f.
Wernher, Comm. ad P. II. tit. de hered. inst. §. 2.

Andere erklären die L. 1 cit. dahin, daß, weil die universitas Judaeorum überhaupt nicht das Recht einer juristischen Person gehabt habe, die Judenschaft eine unerlaubte Gemeinheit sei, und deshalb nur als solche nicht erbfähig sein könne.

Dirksen, civil. Abhandl. Bd. 2. Abh. 1. S. 142.
Günther, princ. jur. Rom. §. 735. not. f.
Thibaut, System §. 944.

Andere meinen, nur im Testamente eines Christen könne die Judenschaft nicht zum Erben eingesetzt werden; im Testamente eines Juden sei solches aber erlaubt.

Höpfner, Commentar §. 486.

Andere meinen, da, wo eine bürgerlich rechtliche Gleichheit der Juden und Christen eingetreten sei, müsse der in L. 1 ausgesprochene Satz als antiquirt gelten.

Sintenis, Civilrecht §. 167. Not. 19.

XII.

Streitig ist, ob die als Pasquillanten Verurtheilten erbunfähig seien.

Einige bejahen dies unter Berufung auf L. 21 pr. de testib.: ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. L. 5. §. 9 de injur. L. 26 qui test. fac. poss., vergl. mit L. 9 pr. C. Th. de haeretic. 16, 5.

Schweppe, röm. P.-R. §. 788.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.

Andere meinen, für das Justinianische Recht sei die Annahme, daß Pasquillanten erbunfähig seien, unrichtig. Denn die L. 26 cit. sage nur, wer intestabilis sei, könne weder Zeugniß ablegen, noch könne für ihn Zeugniß abgelegt werden, und in den übrigen Gesetzen sei keineswegs ausgesprochen, daß jeder intestabilis successionsunfähig sei.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. Not. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 262.
Warnkönig, Comm. jur. Rom. §. 1000. not. 5.
Marezoll, über bürgerl. Ehre S. 92.
Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 167. Not. 16.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 481.

Vergl. testamenti factio activa c. 5.

B. Relative Erbunfähigkeit*).

Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall S. 82.
Zimmern in der Tüb. Zeitschr. Bd. 3. S. 240.
v. Schröter in der Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 120.
Hasse im Rhein. Mus. Bd. 3. S. 411.
Arndts das. Bd. 5. S. 212.
v. Vangerow, über die latini Juniani S. 212.
Hunger, Erbrecht S. 228.
Schneider, das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 180.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 360. Bd. 39. S. 117 u. 158 f.

I.

Streitig ist, ob die Unterscheidung der Fähigkeit, in einem Testamente bedacht zu werden, und der, daraus zu erwerben, noch heutzutage von praktischer Wirkung sei.

*) Nach römischem Rechte ist zu unterscheiden zwischen der Fähigkeit, in einem Testamente bedacht, honorirt zu werden, und der Fähigkeit, aus einem solchen zu erwerben. Wenn nämlich ein Erbunfähiger honorirt worden, so war die Verfügung nichtig, L. 49. §. 1 de hered. inst. §. 4 Inst. de hered. qualit., und wurde auch dadurch nicht giltig, wenn die betreffende Person noch vor dem Ableben des Testators die mangelnde Fähigkeit erlangte, L. 201 u. L. 210 de reg. jur. Wem hingegen zur Zeit der Testamentserrichtung die Erwerbsfähigkeit abging, der konnte dennoch mit Erfolg honorirt werden, wenn er nur zu der Zeit erwerbfähig war, wo der Erwerb gemacht werden sollte. Es war mithin möglich, einen Erwerbunfähigen zum Erben unter der Bedingung einzusetzen, daß er die Erwerbsfähigkeit erlangte, nicht aber einen Erbunfähigen. Hiermit hing zusammen, daß Alles, was von Anfang an, d. h. im Augenblick der Errichtung des Testaments wirkungslos war, also das, was erbunfähigen Personen zugewendet worden, pro non scripto gehalten wurde und als vacante Portion den Miterben accrescirte, während die den incapacibus gemachten Zuwendungen meist als caduca verfielen. L. un. pr. C. de cad. toll. L. 3 D. de his quae pro non script. Seinen Grund fand dies in gewissen Bestimmungen des positiven Rechts, wonach die Erwerbsfähigkeit gewisser an sich erbfähiger Personen eingeschränkt wurde; was somit eigentlich eine Strafe oder doch einen Nachtheil der betreffenden Personen resp. zu Gunsten Anderer in sich begriff, und in nationalsittlichen Ansichten wurzelte.

Siehe hierüber im Allgemeinen
Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 167. Not. 15.

Einige meinen, da die Incapacität mit Ausnahme der mulieres probrosae im Justinianischen Rechte hinweggefallen und auch die caducorum vindic. aufgehoben sei, so sei der Gegensatz der mangelnden test. factio passiva und der Incapacität als praktisch völlig verschwunden, und nur noch als historisch geblieben, und verdiene insofern bei der Interpretation der Quellen Aufmerksamkeit.

Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 167. Not. 15.
Roßhirt, d. Lehre v. Vermächtnissen Th. 1. S. 76 f.

Andere meinen, der Begeiff von Incapacität im Gegensatz von mangelnder test. factio passiva sei zwar heutzutage nicht mehr von so unmittelbar praktischer Bedeutung als früher. Doch aber sei eine scharfe Auffassung des Unterschieds auch noch jetzt besonders darum wichtig, weil man sich dadurch nur vor Mißverständnissen unserer Quellen hüten könne.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. Not. 1.

Vergl.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 180.
v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 4. S. 42.
Mühlenbruch, Pand. §. 67.

II.

In Nov. 89. c. 12 ist bestimmt: wer legitime Descendenten habe, könne den natürlichen Kindern und deren Mutter nur $^1/_{12}$ durch Testament oder Schenkung zuwenden, habe er keine natürlichen Kinder, so dürfe die Concubine nur $^1/_{24}$ (eine halbe Unzie) erhalten; was darüber hinausgehe, falle den legitimen Kindern zu. Wenn keine legitimen Descendenten, wohl aber pflichttheilsberechtigte Ascendenten vorhanden seien, so müßten diese ihren Pflichttheil erhalten, das übrige Vermögen könne den natürlichen Kindern zugewandt werden, in Ermangelung legitimer Descendenten und Ascendenten aber könnten die natürlichen Kinder das Ganze erhalten.

Streitig ist nun, ob das Testament in so weit, als die unehelichen Kinder auf mehr als $^1/_{12}$ eingesetzt, die legitimen Descendenten aber gehörig enterbt sind, an sich ganz ungiltig, oder für den Theil giltig sei, welchen die natürlichen Kinder erhalten.

Einige meinen, ein solches Testament sei in allen Fällen für den Theil giltig, welchen die natürlichen Kinder erhalten können.

Leyser, med. sp. 356. med. 12.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 443.

Andere meinen, das ganze Testament gelte nicht, die Descendenten erhielten als Intestaterben Alles, und nur die hinzugefügte Codicillarclausel habe den Erfolg, daß die natürlichen Kinder $^1/_{12}$ als Fideicommiß erhielten, L. 3 pr. L. 8. §. 1 de jure codicill. L. 77. §. 23 D. de leg. II.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 327.

III.

Streitig ist dabei ferner, welche Kinder unter naturales liberi zu verstehen seien, und ob diese in Nov. 89. c. 12 cit. enthal-

tene Vorschrift noch heutzutage praktisch sei.

Die gewöhnliche Annahme ist, liberi naturales seien die mit einer Concubine erzeugten Kinder; andere uneheliche Kinder (wenigstens diejenigen, welche nicht aus Incest und Ehebruch erzeugt seien) hätten nach römischem Rechte vom Vater ohne alle Einschränkung eingesetzt werden können. Hieraus sei denn auch die Unanwendbarkeit dieser gesetzlichen Vorschrift zu folgern, weil dies Recht ein singuläres, folglich auf Concubinenkinder zu beschränken sei, der Concubinat aber in Deutschland unbekannt sei.

> Leyser, med. sp. 356. med. 12.
> Höpfner, Commentar §. 487. Nr. 3.
> Brunnemann, Comm. in Cod. ad L. 2 C. de natural. lib. Nro. 9—11.
> Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 167. Not. 15.
> Hommel, Rhapsod. obs. 373 u. 384.
> v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. S. 88.
> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 328 f.

Andere halten die Bestimmung in Nov. 89 cit. allgemein für unbedenklich und heutzutage für noch praktisch, da der Concubinat factisch vorkommen könne.

> Sam. Stryk, usus mod. tit. de hered. inst. §. 3.
> Struben, rechtl. Bedenken Th. 1. Nr. 48. Th. 4. Nr. 130.
> Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 443.
> Puchta, Lehrb. § 471. d.
> Thibaut, System §. 944.
> Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
> Glück, Intestaterbf. §. 109.
> Busch, von dem Rechte geschwächter Frauensperf. §. 295.

Andere wollen die in Nov. 89 cit. für liberi naturales bestimmten Vorschriften auf uneheliche Kinder überhaupt beziehen.

> Puchta, Lehrb. §. 471. d.
> Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 917.
> Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 43.

Andere nehmen an, daß sogar der Großvater dem unehelichen Kinde seiner Tochter nichts vermachen könne.

> Struben, rechtl. Bed. Th. 1. Nr. 48.

Hiergegen siehe

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 335.

welcher als ratio legis, worauf die Erbbeschränkung der naturales liberi beruht, die Befürchtung angibt: die nicht aus rechter Ehe erzeugten Kinder möchten die Liebe des Vaters schmälern, oder wohl gar ganz entziehen; diese Befürchtung trete aber nur da ein, wo die unehelichen Kinder im Hause des Vaters und mit ihm lebten, was bei den mit der Concubine erzeugten Kindern der regelmäßige Fall, bei andern außerehelichen Kindern aber wohl ebenso selten, wie jetzt, der Fall gewesen sei.

Vergl.

> Hommel, Rhapsod. obs. 373.
> Höpfner, Instit. §. 487. Nr. 3 a. E.

Präjudiz 1.

Die Vorschrift der Nov. 89. c. 12, daß derjenige, welcher rechtmäßige Kinder hinterläßt, seiner Concubine und deren Kindern zusammen nur den zwölften, der Concubine allein aber nur den vierundzwanzigsten Theil seiner Erbschaft zuwenden könne, findet heutiges Tages keine Anwendung, weil in Deutschland ein Concubinat im Sinne des römischen Rechts nicht besteht.

> Erk. des OAG. zu Celle vom 21. März 1854, in S. A. Metta Bolt zu Barnkrug c. Jürgen Oltmanns zur Wethe. als Bösch'schen Vormund, wegen Erbschaft.
> Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 262.

Präjudiz 2.

Das Obertribunal zu Berlin hat in einem Erkenntniß vom 28 November 1853 den Satz gebilligt:

> Die Vorschrift des römischen Rechts*), nach welcher ein Vater, der rechtmäßige Kinder hinterläßt, seinen Concubinen-Kindern und deren Mutter zusammen nicht mehr als den zwölften Theil seiner Erbschaft letztwillig zuwenden kann, ist nach dem jetzt geltenden gemeinen Rechte auch auf uneheliche Kinder (spurii), sofern nur die Vaterschaft des Testators unzweifelhaft feststeht, anzuwenden.

In der Motivirung kommt unter Anderm vor: Wenn man auch zugeben muß, daß eine ausdrückliche Vorschrift über die Bedenkunfähigkeit der unehelichen Kinder, außer den liberis naturalibus und den Kindern aus unerlaubten ehelichen Verbindungen, im römischen Recht nicht nachzuweisen ist, daß dieselben vielmehr mit Stillschweigen übergangen sind, so ist doch der Grund hiervon keineswegs darin zu finden, daß die Concubinen-Kinder den ehelichen Kindern leichter gefährlich werden könnten. Der nächste Grund besteht vielmehr darin, daß solche Kinder nach römischen Rechtsbegriffen gar keinen Vater hatten, oder man ihn doch nicht als solchen bezeichnen und feststellen konnte**). Im §. 5. c. 7 der Nov. 89 wird auch als Grund dafür, daß, wenn der Erblasser mehrere Concubinen zugleich und Kinder davon hinterließ, diese von den Bestimmungen des Gesetzes ausgeschlossen bleiben sollten (was freilich zunächst auf das Intestaterbrecht zu beziehen ist), angegeben: weil sich sonst nicht erkennen lasse, welches Weib und welche Kinder er am meisten geliebt habe, „et non damus luxuriantibus, sed pudicis legem“. Es ist daher nach dem ganzen Sinne dieser Nov. anzunehmen, daß man die unehelichen Kinder überhaupt mindestens der Vorschrift des §. 2 c. 12 unterworfen haben würde, wenn es gesetzlich statthaft gewesen wäre, die Vaterschaft über solche Kinder festzustellen. Nachdem diese Feststellung nun aber in Folge des canonischen Rechts und der darauf gegründeten unzweifelhaften Praxis jedenfalls zu Gunsten des unehelichen Kindes stattfindet, nachdem also jetzt die Feststellung der Vaterschaft nicht bloß mehr von dem eheähnlichen Zusammenleben im Concubinat abhängt, während dagegen die factische Ausübung des Concubinats, wenn gleich nicht mehr als erlaubte Verbindung, doch auch jetzt noch vorkommt, und es widersinnig erscheint, dasselbe verbotene Zusammenleben günstiger zu stellen, als das früher erlaubte, so erscheint es jedenfalls nicht so verwerflich, nach festgestellter Vaterschaft den §. 2 a. a. O. auf das Verhältniß der unehelichen Kinder zu den ehelichen in Anwendung zu bringen, um deshalb die ihm folgende Praxis als eine völlig unberechtigte zu betrachten. Man muß vielmehr diese vom vorigen Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegte Praxis für eine wohlberechtigte erachten. Hiernach mußte die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen werden.

*) Vergl. Const. 2 de natur. lib. 5, 27; Nov. 89. cap. 12. §. 2.
**) Bezugnahme auf §. 11. 12 Inst. de nuptiis 1, 10; fr. 23. 24 de statu hom. 1, 5.

> Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 64.

Vergl. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 9.

IV.

Gewisse relative Erbbeschränkungen bestehen in Folge eigentlich verbotener Geschlechtsverbindungen: es können nämlich diejenigen Personen einander durch Testament nichts zuwenden, welche in einem ehebrecherischen Umgange gelebt haben, L. 13 D. de his quae ut indign. 34, 9, und ebensowenig darf man derjenigen Person etwas hinterlassen, mit welcher man ein stuprum verübt hat, L. 6 C. de inc. nupt. 5, 5.

. Dabei ist streitig, ob den in einer incestuösen Geschlechtsverbindung lebenden Personen die Testamentsfähigkeit unter sich zu Gunsten ihrer incestuösen Kinder gänzlich entzogen sei.

Einige meinen wenigstens in Bezug auf die incestuösen Kinder, daß dieselben nicht von ihren Eltern eingesetzt werden könnten, und umgekehrt, arg. L. 6 C. de incest. nupt. und Auth. ex complexu Cod. eod.

Thibaut, System §. 944.
Hartitzsch, Erbrecht §. 26. Nr. 3.

Andere meinen, daß diese Ehegatten unter sich erbunfähig würden, sowie, daß die Kinder aus solcher Ehe von ihrem Vater nichts erben könnten, Nov. 12. c. 1. Nov. 74. c. 6.

Schweppe, röm. P.-R. §. 780.
Glück, Intestaterbfolge §. 133—137.
Vinnius ad Inst. lib. 3. tit. 5. Nro. 3.

Andere wollen den incestuösen Eltern die testamenti factio ganz entziehen.

Hofacker, princ jur. civ. Rom. §. 1255. Nro. d.

Andere meinen, die gesetzlichen Bestimmungen seien nur auf das zur Zeit der Verurtheilung der incestuösen Ehegatten vorhandene Vermögen zu beziehen; dieses höre auf, Vermögen des Verurtheilten zu sein, darüber dürfe er also nicht mehr verfügen; an sich aber sei den Ehegatten das Recht zu testiren nicht entzogen, werde vielmehr in Ansehung des etwaigen künftigen Erwerbs immer noch ausgeübt werden können.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 343.
Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 436.
v. Buchholtz, jur. Abh. Nr. 5. S. 116.

Vergl. testamenti factio A. c. 4; desgl. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 4. 5. 6. 7.

V.

Dabei ist ferner streitig, ob die gesetzlichen Bestimmungen auf den ehelichen oder auch auf den außerehelichen Incest bezogen werden.

Einige meinen, Ausdruck und Inhalt der Gesetze deuteten darauf hin, daß nur an die unter der Form der Ehe geschlossene incestuöse Verbindung gedacht werden könne. Es sei dabei die Rede von einem vetitum conjugium, von incestae nuptiae, von einer dos; ferner sei den daraus erzeugten Kindern die gesetzliche Erbfolge abgesprochen, was ja überall nicht nöthig gewesen wäre, wenn man dabei an das incestuöse stuprum gedacht hätte, indem spurii ja ohnehin keine Rechte auf den väterlichen Nachlaß hätten.

G. T. v. Bülow, von der Erbfähigkeit der aus Incest entsprossenen Kinder, in dessen Abhandl. Nr. 8.
Spangenberg im civil. Archiv Bd. 12. S. 412.
Wächter das. Bd. 17. S. 434.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 344.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 413. Not. 2.

Andere beziehen die Bestimmungen auf die auch im außerehelichen Incesste geborenen Kinder, L. 6 C. de incest. nupt. Nov. 12.

Seuffert, Lehrb. §. 522.
Zimmern, Grundriß d. gem. in Deutschl. geltenden Erbr. S. 55.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 442.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Mackeldey, Lehrb. §. 636.

Andere stimmen diesem bei, machen jedoch nur eine Ausnahme in Betreff derjenigen Kinder, welche ihr Dasein einer an ihrer Mutter verübten Nothzucht oder Schändung verdanken.

Koch, success. ab intest. §. 36.
Glück, Intestaterbfolge §. 107.

Andere leugnen die Anwendbarkeit der ganzen gesetzlichen Bestimmung, und stellen statt derselben den sich von selbst verstehenden Satz auf, daß die in incestuöser Ehe geborenen Kinder dann kein Erbrecht in das mütterliche Vermögen in Anspruch nehmen könnten, wenn die Mutter zur Strafe ihr Vermögen verwirkt habe. Dies sei nämlich der klare Inhalt der Nov. 12. c. 1, wodurch die L. 6 Cod. cit. aufgehoben sei, und durch Nov. 74. c. 6 und Nov. 89. c. 15 sei hieran gar nichts geändert, indem in den beiden Gesetzen nur von dem Verhältniß der incestuosi zu dem Vater die Rede und in dieser Beziehung gesagt sei, daß dieselben nicht die Rechte der liberi naturales in Anspruch nehmen könnten. Aus diesen Gründen werde man heutzutage den incestuösen Kindern das Erbrecht in das mütterliche Vermögen nicht versagen dürfen, da nirgends mehr der Incest mit Vermögensverlust bestraft werde.

Roßhirt, Erbrecht S. 211.
Fritz in dem von ihm besorgten Wening'schen Lehrb. §. 433.
v. Vangerow, Pand Bd. 2. §. 404 u. 413. Not. 2.

Andere wollen dagegen die citirten Bestimmungen auch auf spurii et vulgo quaesiti, und adulterini anwenden und danach solchen Kindern ein Erbrecht in das Vermögen der Mutter bestreiten, weil die Nov. 12. c. 1 von nuptiae spreche, quas lex incestas, nefarias et damnatas vocat.

Vinnius ad Inst. lib. 3. tit. 4.
Struben, rechtl. Bed. Th. 1. Nr. 48 (Nr. 310).
Glück, Intestaterbfolge §. 107.
Koch, success. ab intest. §. 32.
Gebr. Overbeck, Med. Bd. 11. S. 270.
Thibaut, System § 857. Nr. IV. 1.
Scholz, jurist. Magaz. Bd. 1. H. 2. S. 41.

Andere mit dem Gerichtsgebrauche meinen, jene Ausdrücke in Nov. 12 cit. seien nur Pleonasmen, wie sie z. B. auch in Nov. 89. c. 15 vorkämen, und verwerfen deshalb die rücksichtlich der spurii, vulgo quaesiti und adulterini angegebenen Behauptungen.

Höpfner, Commentar §. 487. Nr. 3.
v. Bülow, Abh. S. 239 (Nr. 8).
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 347.

Präjudiz 1.

Das geh. Obertribunal zu Berlin hat in Beurtheilung einer vorgekommenen Rechtssache den Satz adoptirt:

> Nach den Grundsätzen des römischen Rechts ist dem außer der Ehe geborenen Kinde das Erbrecht gegen die Mutter und ihre Blutsverwandte um deswillen, weil es aus einem Incest abstamme, nicht abzusprechen.

In den Motiven kommt vor: 1) Im cap. 3 der Nov. 12, welches von den Rechten der aus incestuosen Ehen hervorgegangenen Kinder handelt, ist nur gesagt, daß sie unwürdig seien, den Vater zu beerben, ohne daß eben so, wie bei der Strafandrohung im cap. 1, noch ausdrücklich hinzugefügt wäre, rücksichtlich der Mutter solle dasselbe gelten.

2) Im cap. 15 der Nov. 89 heißt es zwar:

Omnis, qui ex complexibus (non enim hos vocamus nuptias) aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.

Allein auch diese Stelle redet theils offenbar von factisch eingegangenen Ehen, die nur gesetzlich für keine Ehe anerkannt werden konnten, theils aber lauten die in der vulgata in dem Satze: neque alendus est vorkommenden Worte: „a parentibus" im griechischen Originaltexte παρὰ τῶν γονέων — a genitoribus — d. h. von den Vätern, und überhaupt hat die ganze Nov. nur zum Zweck, die rechtliche Stellung der natürlichen Kinder zu ihrem Vater zu ordnen. Die schon durch das ältere Recht wohlbegründeten Rechte derselben gegen die Mutter sind gar nicht Gegenstand der Verordnung. Es würde doch in der That durchaus absurd sein, daß nicht einmal die Mutter ihren Säugling ernähren solle. Auf die Mutter ist jene Constitution (Novelle) auch in der aus ihr ausgezogenen Authentica ex complexu lib. 5. tit. 5 C. de incestis nuptiis durchaus nicht bezogen (omnis paterna substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre). Die Const. 6 cod. scheint zwar wegen der Schlußworte, wonach Alles, was darin gegen die Männer festgesetzt worden, auch gegen die Frauen gelten soll, für die Erblosigkeit der Kinder gegen die Mutter zu sprechen; allein theils kann dies, da die Stelle es doch immer nicht mit bestimmten Worten ausspricht, schon wegen der vielen anderen Stellen, welche die Erbunfähigkeit der Kinder bloß rücksichtlich des väterlichen Nachlasses festsetzen, nicht angenommen werden; theils handelt jedenfalls auch diese Stelle nur von der Ehe und von den Folgen der frechen Verletzung der von Kirche und Staat festgesetzten Eheverbote.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 257.

Präjudiz 2.

Auf überreichte fernere Appellation gegen das Urtheil der Justizkanzlei, welches dahin lautete:

„Da es auf den von den Appellanten angebotenen Beweis darüber, daß die Appellatin zu einer Zeit geboren sei, als die Ehe ihres Vaters mit der Schwester ihrer Mutter noch bestanden, um deswillen nicht weiter ankommen kann, weil die Appellanten selbst anerkennen, daß zu der nachmaligen Ehe zwischen dem Vater und der Mutter der Appellatin die landesherrliche Dispensation ertheilt worden; in Gemäßheit dieser landesherrlichen Dispensation, wodurch alle der Vollziehung der Ehe früher entgegengestandenen Hindernisse und selbst die der Verwandtschaft vollständig gehoben sind, aber die Ehe für rechtmäßig erklärt und solchergestalt die Appellatin allerdings für per subsequens matrimonium legitimirt zu halten ist; hiernach aber der weiland Vater der Appellatin wohl befugt gewesen, diese seine per subsequens matrimonium legitimirte Tochter gleich seinen übrigen ehelichen Kindern in seinem Testamente zur Erbin mit einzusetzen, und somit die Intention der Appellanten, daß die geschehene Erbeinsetzung der Appellatin pro non scripta erklärt werden solle, als unbegründet erscheint: so ist dem Ansuchen der Appellanten um ein reformatorisches Erkenntniß nicht stattzugeben;"

erkannte das OAG. zu Celle unterm 2. Febr. 1825, daß derselben wegen nicht geschehener Elision der Entscheidungsgründe nicht zu willfahren stehe.

VI.

Streitig ist, welche Bedeutung es habe, wenn in §. 8 Inst. quib. mod. test. infirm. das Verbot ausgesprochen ist, den princeps, litis causa, zum Erben einzusetzen.

Einige stellen den Satz: princeps litis causa heres institui nequit ohne eigentliche Erklärung auf:

Hasacker, princ. jur. civ. §. 1290 a. E.
Günther, princ. jur. Rom. §. 735. l. B. 4.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 641. Nro. 3.
Lang, Lehrb. des Just.-römischen Rechts §. 420. Not. 9.

oder fassen den Satz allgemein so: der Landesherr könne wegen eines Processes nicht eingesetzt werden.

Donellus, Comm. lib. 6. cap. 17. §. 26.
Hufeland, Lehrb. des Civilrechts Bd. 2. S. 139. §. 1122. Nr. 1.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 443.
Haimbacher, röm. P.-R. §. 325. Nr. 4.
Roßhirt, Einleitung in das Erbr. S. 61. Nr. 2. a.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. Not 2.

Andere stellen die Regel auf: wer einen Proceß habe oder zu bekommen fürchte, der dürfe den Landesherrn nicht in der böslichen Absicht zum Erben einsetzen, daß derselbe den Proceß mit dem Gegner führe, und diesem dadurch sein Recht erschwere.

Höpfner, Commentar §. 487.
Schweppe, röm. P.-R. §. 788.
Mackeldey, Lehrb. §. 651.
Zachariä, Institut. S. 523.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 26. Nr. 1.
Seuffert, Lehrb. §. 533. Nr. 2.

Andere meinen, in den Worten princeps litis causa heres institui nequit seien zwei Sätze enthalten: einmal, es solle der Regent nicht in der Absicht eingesetzt werden, um einen Rechtsstreit durchzusetzen, und überhaupt, um einen Gegner zu bestimmen, Rechte oder Ansprüche anzuerkennen oder aufzugeben; zweitens: ein an sich nicht zu Recht beständiges Testament solle auch nicht zum Besten des Kaisers gelten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 303.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 20.

Andere erwähnen das Verbot überall nicht, und halten es somit für nicht mehr praktisch.

Thibaut, System §. 944.

Siehe hiergegen

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 322.

Vergl. überhaupt

Schrader, Commentar zu §. 8 Inst. quibus mod. test. infirm.

VII.

Streitig ist, ob collegia und universitates ohne Unterschied rechtlich befähigt sind, eine testamentarische Erbschaft zu erwerben.

Einige meinen, daß jedes erlaubte Collegium, mit Ausnahme der universitas Judaeorum, zum Erben eingesetzt werden könne, §. 27 Inst. 2, 20. L. 8 C. de hered. inst. 6, 24.

Strauch, diss. de personis incert. c. 6. §. 4.
Rau, de person. incert. §. 8 in f.
Dirksen, über den Zustand der jurist. Personen Bd. 2. S. 140.
Braun, Dictate zu §. 793.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 434.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 443.

Andere gestehen dies nur bei denjenigen universitates zu, welche als juristische Personen vom Staate privilegirt sind, L. 6. §. 4 D. ad SC. Trebellian. 36, 1. L. 3. §. 4 D. de bonor. poss. L. 20 D. de reb. dubiis. L. 8 C. de hered. instit.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. Not. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 481.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 3. S. 434.

Andere stellen den Satz auf, die wichtigsten und meisten juristischen Personen, nämlich die Stadtgemeinden, der Staat selbst, und die Stiftungen aller Art,

andere Corporationen aber nur, in soweit ihnen das Recht ausdrücklich beigelegt sei, könnten im Testamente zu Erben eingesetzt werden, L. 8 C. de hered. instit.

Sintenis, Civilr. Bd. 1. §. 15. S. 116.
Puchta, Lehrbuch §. 441.
Mader, Erbrecht Bd. 1. §. 16. Not. 10.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 914.
Schweppe, röm. P.=R. §. 780.

Jedoch sei in der Doctrin und Praxis die Ansicht von jeher vorherrschend gewesen, daß die Erbfähigkeit zu den **regelmäßigen** Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, dergestalt, daß man im Zweifel die Ertheilung der Erbfähigkeit statuiren müsse.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 442.
Arndts im Rechtslex. Bd. 3. S. 914.

VIII.

Streitig ist, ob universitates eingesetzt werden können, welche erst nach des Testators Tode durch obrigkeitliche Confirmation rechtliche Existenz erhalten.

Einige bejahen dies; denn erwäge man, wie sehr das neuere römische Recht bemüht gewesen, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten, und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern, Nov. 131. c. 11, und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff sein könnte, eine zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt werde, daß man auf andere Art die Absicht, sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so müsse man der bejahenden Antwort sich anschließen (s. auch L. 62 pr. D. 28, 5).

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 916.
Puchta, Lehrb. §. 93.
Puchta im Rechtslexikon Bd. 3. S. 67 und in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4. S. 707 f.
Kierulf, System Bd. 1. S. 150.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 481.
Wenck, Beitrag zur Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 35.
Braun, Dictate zu §. 793.
Zachariä, über den das Städel'sche Kunstinstitut betreffenden Rechtsstreit (Heidelberger Jahrb. 1827) S. 7—12.
Gloers, Erörter. S. 77.

Andere verneinen die Frage, da eine Interpretation, wie die Gegner sie lieferten, unmöglich sei. Die Gegner beriefen sich zwar a) auf §. 27 Inst. de legat. Diese Stelle aber enthalte im besten Falle, nämlich, wenn auch unter den incertae personae juristische zu verstehen seien, nichts weiter, als daß diese erbfähig sein sollten; sie müßten denn doch aber als solche bereits bestehen. b) auf L. 46 C. de episcop. Diese Stelle sei aber unglossirt und deshalb unpraktisch, sei überhaupt auch nicht zutreffend. Die Existenz eines allgemeinen Rechtssatzes, welcher die Stiftung juristischer Personen im Voraus unter gewissen Voraussetzungen sanctionire, müsse deshalb geleugnet werden.

Sintenis, Civilr. Bd. 1. §. 15. Not. 24.
Mühlenbruch, Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (1828).
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 467 f. Bd. 40. S. 1—108.

Präjudiz 1.

Hat ein Testirer für einen gewissen Fall verordnet, **daß alsdann sein hinterlassenes Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werde**, so kann gegen die Wirksamkeit dieser Verfügung nicht eingewendet werden, sie enthalte eine institutio incertae personae. Denn

1) die Beschränkung der die letztwilligen Verfügungen ad pias causas begünstigenden Gesetze auf bereits bestehende Stiftungen, oder, mit anderen Worten, das Erforderniß einer persona certa bei dergleichen Verfügungen ist weder im römischen noch im canonischen Rechte begründet, beruht vielmehr auf einer Verwechslung der durch den Ausdruck pia causa bezeichneten Begriffe. Denn wenn schon dieser Ausdruck dann, wenn von den piis causis zustehenden besondern Rechten die Rede ist, allerdings eine bestimmte bereits vorhandene und vom Staate als juristische Person anerkannte Stiftung oder Anstalt bezeichnet, wie denn z. B. eine stillschweigende Hypothek, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand u. s. w., nur einer solchen beigelegt werden kann, so ist doch dieser engere Begriff keineswegs da anwendbar, wo von letztwilligen Verfügungen ad pias causas die Rede ist. Hier bezeichnet pia causa lediglich einen **frommen und milden** Zweck, wie sich deutlich aus Nov. 131. cap. 12, verbunden mit cap. 10 und 11, ergibt, und daß es hiebei keinen Unterschied macht, ob zu dessen Erfüllung eine bestimmte Anstalt bereits vorhanden ist, oder erst noch errichtet werden soll, läßt sich schon aus dem römischen Rechte nachweisen. Wenn man auch auf die nicht glossirte, sondern erst von A. Contius restituirte Const. 46 de episc. et cler. 1, 3, sowie auf die verloren gegangene Constitution Justinian's über die Erbeinsetzung unbestimmter Personen und über letzte Willen zu frommen Zwecken (cf. tit. Cod. de incert. pers. 6, 48. §. 27 Inst. de legatis 2, 20) sich nicht beziehen will, so gehören doch hieher sowohl diejenigen Gesetze, welche alle letzte Willen zu Gunsten der Armen oder zu Loskaufung Gefangener für giltig, und den Einwand, daß es an einer **bestimmten Person** des Erben oder Legatars ermangele, für unstatthaft erklären (Const. 13. 23 de sacros. eccles. 1, 2. Const. 24. 28. 49 pr. et §. 1 de episc. et cler. 1, 3), als auch Nov. 131. cap. 10, in welcher ausdrücklich der Fall erwähnt wird, daß Jemand in seinem letzten Willen die Erbauung eines Bethauses oder einer milden Anstalt verordnet hat, woraus unzweifelhaft hervorgeht, daß es bei letztwilligen Verfügungen ad pias causas nicht darauf ankommt, ob eine gewisse, vom Staate als juristische Person anerkannte Anstalt zum Erben oder Legatar ernannt sei, und daß es daher auch der Fiction einer persona moralis postuma oder eines embryo moralis (vgl. Klüber, Abh. und Beob. Bd. 1. Nr. 9. S. 330—59) nicht bedarf. — Das canonische Recht hat an diesen Grundsätzen nichts geändert, sondern nur hinsichtlich der äußern Form hinzugefügt, daß es zur Giltigkeit solcher Dispositionen der sonst erforderlichen Solennitäten nicht bedürfe, sondern hinreiche, wenn nur der Wille des Testirers erwiesen sei, cap 4. cap. 11 X. de testam. 3, 26.

2) In Beziehung auf die in obenerwähnter Verfügung eingesetzten **nützlichen** Stiftungen, worunter nur **gemeinnützige** verstanden werden können, liegt auch kein Grund vor, diese Einsetzung als die einer incertae personae anzusehen, und für ungiltig zu erklären. Denn wenn man auch den Begriff der **milden** Stiftungen nicht auf bloße **gemeinnützige** Zwecke auszudehnen hat, da nur einige Vorrechte der milden Stiftungen auch den Städten verliehen waren (Const. 19 de sacros. eccles. 1, 2), und die Städte in Const. 24 pr. eod. von den religiosissimis locis, sowie in fr. 16 de verb. sign. vom Staate selbst unterschieden werden, so deutet Justinian in §. 25 Inst. de legatis 2, 20 und in den daselbst gegebenen Beispielen unter incertis personis überhaupt nur diejenigen an, deren Individualität durch späteren Zufall bestimmt werden soll. Ferner wird nach Const 24 de episcop. 1, 3 die Einsetzung der Armen überhaupt nicht als institutio incertae personae angesehen, ebensowenig nach fr. 20 de rebus dubiis 34, 5 die Einsetzung einer unverbotenen Gesellschaft. Die in der fraglichen Verfügung geschehene eventuelle Zuweisung der Erbschaft zur Verwendung auch für gemeinnützige Zwecke, stellt sich in der That als eine neben den milden Stiftungen

geschehene Miteinsetzung des **Staates** dar, soweit er den auf ihn kommenden Theil der Erbmasse zu gemeinnützigen Zwecken verwenden will. Diese Einsetzung ist also die einer moralischen Person, und eben so giltig, als ein dem Staate überhaupt gegebenes Versprechen, fr. 1 pr. fr. 5 de pollicit. 50, 12.

Sächsisches OG.-Erk., unter Genehmigung der beigefügten (unter 1 mitgetheilten) Gründe, bestätigt vom OAG. zu **Dresden**.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 97.

Präjudiz 2.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die Frage: ob eine pia causa durch Erbeseinsetzung in einem Testamente mit rechtlichem Bestande gestiftet werden könne? gehört gemeinrechtlich zu den Controversen. Jedoch kann vorliegend die Bejahung der Frage nicht zweifelhaft sein, da der durch Erbeseinsetzung gestiftete Unterstützungsfond auf einen reinen Wohlthätigkeitszweck, auf die Unterstützung sich in Noth und Dürftigkeit befindender Personen, gerichtet und mithin für eine eigentliche pia causa zu halten ist. Schon das neuere römische Recht,

Const. 13. 23 de SS. eccles. 1, 2.

Const. 21. 28. 46 pr. 49 de episc. et cler. 1, 3.

gestattete die Errichtung von Stiftungen zu dergleichen mildthätigen Zwecken durch Testamente, ohne daß hiegegen die Einrede, daß die Institution einer persona incerta unzulässig sei, oder sonstige, auf die Anfechtung ihrer Rechtsbeständigkeit gerichtete Einwendungen Platz greifen sollten. Deshalb läßt sich, besonders nach den gegenwärtig über pia corpora geltenden Grundsätzen, gegen die Erbfähigkeit des hier in Rede stehenden Unterstützungsfonds ein Bedenken um so weniger erheben, als jene Controverse sich hauptsächlich nur auf die hier nicht zur Entscheidung vorliegende Frage bezieht, inwiefern auch andern bloß gemeinnützigen Stiftungen und Anstalten, welche in neuerer Zeit zu den piis corporibus gerechnet werden, eine gleiche Erbfähigkeit zuzugestehen ist. Hieenach hat die Errichtung des mehrgedachten Unterstützungsfonds durch die in dem fraglichen Testamente, unter Zuweisung bestimmter Vermögensgegenstände, erfolgte Erbeseinsetzung mit voller rechtlicher Wirkung stattgefunden. Dieser Fond ist nicht nur **hierdurch** als Rechtssubject existent geworden, sondern hat auch durch die demselben demnächst ertheilte landesherrliche Genehmigung die Befugniß zur Ausübung der Rechte einer juristischen Person erhalten.

Erk. des Obertribunals zu **Berlin** vom 14. Nov. 1854.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 9.

IX.

Streitig ist, wie eine allgemeine Erbeinsetzung der Armen, Kranken, Waisen, Gefangenen u. dergl., ohne daß bereits eine Stiftung eines derartigen pium corpus bestehe, zu beurtheilen sei*).

Einige meinen, in solchem Falle seien die Armen, Kranken, Gefangenen als die eigentlichen Erben, der Bischof oder Oeconomus u. s. w. aber als deren Repräsentant zu betrachten. Wo sich übrigens förmlich eingerichtete, von der Kirche getrennte Armenanstalten befänden, da gingen diese den Kirchen vor. Es müsse also die Armenanstalt des Wohnorts des Erblassers die Erbschaft annehmen und für die Armen verwenden; wenn aber mehrere öffentliche Anstalten solcher Art an einem Orte sich befänden, so falle die Erbschaft im Zweifel an die bedürftigste, bei gleichen Verhältnissen aber würde sie unter die sämmtlichen derartigen Anstalten des Orts vertheilt.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. S. 90.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 461 u. Bd. 40. S. 36 f.

Stryk, cautela test. c. 16. §. 21.

Mühlenbruch, Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls S. 188.

Sintenis, Civilrecht Bd. 1. § 15. Not. 9. Bd. 3. §. 167. Not. 18.

Northoff, die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung (1833) S. 101. Not. 230.

Andere meinen, die Erbschaft sei in solchem Falle bald einer schon bestehenden Wohlthätigkeitsanstalt zuzuweisen, bald unter Leitung der kirchlichen Autoritäten zu dem bestimmten Zwecke auf angemessene Weise zu verwenden; so könne gemäß solcher Erbeinsetzung eine Stiftung **entstehen**, welche auch ein bleibendes Dasein als juristische Person habe, namentlich dann, wenn die Verwendung nicht in gänzlicher Verausgabung und Vertheilung des Vermögens an die Armen bestehe, L. 49 C. de episc. et cler. 1, 3.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 915.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 461 f. u. Bd. 40. S. 1 f.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 84 f.

Vergl. die Präjudizien zu Contr. 8.

Siehe auch das Präj. zu legatum annuum c. 1.

X.

Den noch nicht geborenen, aber schon conceipirten Kindern steht das gesetzliche Erbrecht zu, L. 7 D. de suis et legit. 38, 16.

Allein streitig ist, ob auch die erst nach dem Tode des Erblassers conceipirten Kinder zur Intestaterbfolge berufen seien.

Einige bejahen dies, wenn die Kinder nur zur Zeit der Erbschaftsdelation leben. Man beruft sich auf L. 34 C. de inoff. test. 3, 28 und Nov. 118. c. 1, durch welche das frühere Intestaterbfolgesystem wesentlich abgeändert worden sei, und vermöge welcher, weil sie **alle** Descendenten zur Intestaterbfolge berufe, das ältere Recht, welches übrigens nur die Suität verweigerte, aufgehoben sei, daher das frühere Erforderniß, daß der Erbe bereits im Leben sein müsse, jetzt hinwegfalle.

Glück, Intestaterbfolge S. 584.

Voet, Comm. ad P lib. 38. tit. 17. §. 6.

Cocceji, de success. nepot. sect. 4. §. 11.

Matthaei, de success. D. 14. §. 3.

Roßhirt, Erbrecht S. 300.

Griesinger, Geschichte der Suität S. 293.

Löbensteen in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 216. Not. 1.

Andere meinen, die noch nicht conceipirten Kinder seien zur Intestaterbfolge nicht berufen; denn nach L. 3. §. 1 D. de acquir. vel omitt. her. 29, 2 gelte der post mortem conceptus nicht einmal als Cognat, und der

---

*) Zu besonderer Begünstigung solcher wohlthätigen Absichten war schon zur Zeit, als noch die Regel galt, daß personae incertae nicht eingesetzt werden könnten, doch die Einsetzung der Armen schlechthin, und so auch der in Gefangenschaft Befindlichen für giltig erklärt worden, mit näheren Bestimmungen, wie und durch wen in Ermangelung genauerer Feststellung des Erblassers, je nach Lage der Sache, eine solche Verfügung geltend gemacht und ausgeführt werden solle, L. 24 u. L. 49 C. de episc. et clec 1, 3. Nov. 131 c. 11, vergl. mit L. 28 C. de episc. et cler.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 915.

Grund aus Nov. 118 treffe nicht zu, weil durch die Nov. nur die Erbfolgeordnung der Verwandten oder das Verhältniß der Personen neu bestimmt werde, welche als Agnaten und Cognaten gelten, wogegen aber nicht Personen für Agnaten und Cognaten erklärt würden, welche früher nicht einmal als Cognaten galten. Vergl. auch L. 6 u. L. 7 D. de suis et legit. 38, 16 u. §. 8 Inst. de hered. quae ab intest. 3, 1.

Braun, Dictate zu §. 681.
Büchel, civilrechtl. Erört. Bd. 2. Abth. 2. S. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 482.
Heumann in Gießer Zeitschr. Bd. 19. S. 291.
Thibaut, civil. Abh. S. 115.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 443.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 619.
Derselbe in Glück's Pand. Bd. 39. S. 406.
Puchta, Lehrbuch §. 441.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 39.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 680.

XI.

Streitig ist, ob der postumus nondum conceptus aus einem Testamente erben könne.

Einige bejahen die Frage; denn theils sei bei Auslegung eines Testaments vorzüglich auf die Absicht des Testators Rücksicht zu nehmen, theils sprächen gesetzliche Gründe dafür, daß die Bejahung der Frage zu rechtfertigen sei. Es sei nämlich: a) durch §. 4 Inst. de hered. qualit. 2. 19 die frühere Unzulässigkeit der Erbeinsetzung einer persona incerta aufgehoben, und die postumi alieni unbedingt für erbfähig erklärt, indem das ältere Recht in Bezug auf die incertae personae nur hinsichtlich der Tutel beibehalten sei, §. 25 Inst. de leg. 2. 20; b) auch sei in den Gesetzen, vergl. L. 4. §. 9. §. ult. L. 27 D. de liber. et postum. 28, 2 und L. 128 D. de leg. I. (30) kein Unterschied zwischen postumis jam conceptis und nondum conceptis gemacht, weshalb denn auch der Richter keinen Unterschied zu machen berechtigt sei; c) man könne nicht annehmen, daß Justinian bloß das alte prätorische Recht, nach welchem den postumis alienis schon die bonorum possessio zugestanden, in das Civilrecht habe aufnehmen wollen, denn er erkläre ja dabei, dasselbe nur verbessert zu haben; d) wenn auch bei unmittelbaren postumis suis vorauszusetzen sei, daß sie beim Ableben des Testators wenigstens im Mutterleibe existirt haben, so beruhe dies doch auf einem lediglich diesem Verhältniß eigenen Grunde, welcher auf unmittelbare suos und postumos alienos durchaus unanwendbar sei. Uebrigens aber sei das Verhältniß zwischen conceptis und nondum conceptis ganz gleich; denn wenn man für absolut erforderlich halten wolle, daß der zum Erben Eingesetzte schon zur Zeit der Testamentsfaction, des Todes des Testirers und der Erbschaftsantretung zur Erbfolge befähigt gewesen sein müsse, wie L. 4. §. 1 D. de hered. inst. zur Regel mache, so fehle dieses Erforderniß ja den postumis jam conceptis, weil es ungewiß sei, ob sie noch lebend und lebensfähig geboren würden. In dem einen wie in dem anderen Falle komme es nur darauf an, ob die Bedingung der Geburt eintrete, denn vor diesem Zeitpunkte könnten die Einen so wenig wie die Anderen den Erblasser repräsentiren; e) auch in anderen Fällen giltiger Einsetzung einer schlechthin ungewissen Person werde in den Gesetzen nichts weiter erfordert, als daß der Umstand, von welchem ihre Erbfähigkeit abhänge, zur Zeit des Erbschaftsantritts vorhanden sei; z. B. bei Einsetzung desjenigen, qui primus ad funus meum venerit; wenn also personae incertae solcher Art, welche nicht eher als nach des Testators Tode personae certae werden können, zu Erben eingesetzt werden könnten, so stehe nichts entgegen, auch den postumus alienus, wenn er wirklich ins Leben trete, einzusetzen. Vergl. auch L. ult. §. 7 — 9 Cod. de curator. furios. 5, 70. f) Indem schon nach dem Pandektenrechte Unfähige sub conditione recuperandae capacitatis, und nach neuerem Rechte die captivi schlechthin zu Erben eingesetzt werden könnten, jede Erbeinsetzung einer ungewissen Person aber ihrer Natur nach eine bedingte sei, so folge daraus, daß nur der Eintritt dieser Bedingung, also nur die Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftsantritts gefordert werden könne, und indem conditio impleta ad initium actus zurückgezogen werde, müsse es in Ansehung eines Nachgeborenen so angesehen werden, als ob der Erbe schon im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft angetreten hätte, L. 105 D. de condit. et demonstr. 35, 1.

Göz, rechtl. Entscheid. der jurist. Facultät in Altorf S. 201.
Elvers, theor.-prakt. Erörterung aus der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen S. 104.
Linde in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 269.
Thibaut, System §. 945.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 38.

Andere meinen, es handle sich bei Entscheidung der Frage um die Rechtsfrage: ob die beim Tode des Erblassers noch gar nicht concipirten Kinder erbfähig seien oder nicht; werde solches verneint, so komme es auf die unausführbare Absicht des Testators nicht weiter an. Und für solche Verneinung sprechen folgende Gründe:

1) Das Zwölftafelgesetz habe nur den zur Erbfolge gerufen, welcher bereits beim Tode des Erblassers lebte, L. 7 D. de suis et legit. 38, 16. Wer auch nur concipirt wäre, sei schon ein existirendes Wesen, wer aber beim Tode eines Menschen noch nicht einmal concipirt worden, könne denselben auch nicht beerben, L. 6 D. de suis et legit. 38, 16. So oft hierauf die Rede komme, werde dieser Grundsatz des gesetzlichen Erbrechts eingeschärft, L. 6 pr. in f. D. de inj. rupto irrit. f. test. 28, 3. L. ult. D. de ventre in possess. mitt. 37, 9. Derselbe Grundsatz würde aber auch für die testamentarische Erbfolge anerkannt, L. 3 D. de bon. possess. sec. tab. 37, 11. L. 29 pr. D. de lib. et postum. Man habe also überall an dem Grundsatze festgehalten: „Wer Jemanden beerben will, muß ihn überlebt haben; und für ein lebendes Wesen gilt zwar in dieser Hinsicht auch schon das Kind im Mutterleibe, jedoch nicht jedes Individuum, dessen Existenz vielleicht künftig einmal möglich ist“.

2) Durch die Constitution Justinian's de incertis personis sei an der obigen Regel nichts geändert. Denn schon zur Zeit der Abfassung der Institutionen und

Pandekten habe jene Constitution existirt, und dennoch sei das Erforderniß der bereits erfolgten Conception des künftigen Erben bei des Erblassers Tode als feststehende Regel in die Compilation aufgenommen.

3) Wenn auch nicht geleugnet werden dürfe, daß sich hier zunächst Alles an ein bloßes Dogma knüpfe: „Wer noch nicht concipirt ist, kann nicht als rechtsfähiges Wesen angesehen werden, und darum muß ein unmittelbarer Erbe bei des Erblassers Tode wenigstens concipirt sein", so sprächen doch auch innere Gründe für diese Ansicht. Irgend eine Grenze müsse doch angenommen werden, indem es sonst Jahrhunderte lang ungewiß bleiben könnte, ob Jemand überhaupt einen Erben haben, und wer dies sein könnte. Welchen Zeitpunkt der Zeugung solle man denn eigentlich annehmen? Im römischen Rechte sei nun eben die Todeszeit des Erblassers hier als Grenze angenommen, §. 8 Inst. de success. quae ab intest.

4) Wenn die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht sich auf die muthmaßliche Absicht des Testators beriefen, so lasse sich entgegnen, daß dem Testirer ein sehr einfaches Mittel gegeben sei, seine Absicht zu erreichen, ohne gegen den gesetzlichen Grundsatz zu verstoßen; wenn er nämlich die bei seinem Tode noch nicht Concipirten als Fideicommißerben einsetze. Möglich sei es, daß er, der Rechte unkundig oder schlecht berathen, hierauf nicht verfalle; dies sei aber nicht Schuld des positiven Rechts, ebensowenig, als wenn ein Testament wegen Formmangels nicht zu Recht bestehen könne. Und würde denn immer die Absicht des Testirers die von den Gegnern angegebene sein? Man nehme z. B. an, daß Jemand die Kinder seines Freundes zu Erben einsetze, die noch nicht geborenen wie die geborenen; nach des Erblassers Tode erzeuge der Freund noch Kinder, welche aber von denen ausgeschlossen würden, die zur Zeit des Anfalls der Erbschaft schon geboren oder wenigstens concipirt waren. Dies sei ganz gewiß auch gegen die Absicht des Erblassers.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 397 —423.
Sintenis, Civilr. Bd. 3 §. 167. Not. 17.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 913.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827. Not. 6.
Puchta, Lehrb. §. 441.
Büchel, civil. Erört. Bd. 2. Abth. 2. S. 2.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 429. Not. 3.

Andere wollen unter Berufung auf L. 16 D. de cond. et demonstr. 35, 1 bei Entscheidung der Streitfrage das richterliche arbitrium entscheiden lassen.

Wenck im Beitrag zur Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls §. 4.

Präjudiz 1.

In dem Testamente der Steinmetz'schen Eheleute ist die Bestimmung getroffen, daß die Erbportion der einen, zur Miterbin eingesetzten, Tochter den Kindern derselben als ein der Substanz nach völlig unangreifbares Fideicommiß erhalten, die Tochter selbst aber nur den lebenslänglichen Nießbrauch jenes Erbtheils haben solle.

Das einzige, zur Todeszeit der Steinmetz'schen Eheleute lebende Kind jener Tochter derselben war gestorben, worauf die letztere — namentlich unter Berufung auf die über die Einsetzung der postumi geltenden Grundsätze — die fragliche Erbportion von dem gerichtlich bestellten Verwalter derselben herausforderte.

Die Klägerin wurde indessen mit ihrer Klage in angebrachter Maße abgewiesen.

Nachstehend die Entscheidung des höchsten Landesgerichts:

In dem Steinmetz'schen Testamente ist unter den ganz allgemein als Fideicommissare ernannten Kindern der Klägerin ein Unterschied, je nachdem sie vor der Testamentserrichtung oder dem Ableben der Testatoren geboren werden, nicht gemacht. Vielmehr deutet auch die Ausdrucksweise des Testaments, wonach der Klägerin nur der lebenslängliche Nießbrauch zugewiesen ist, darauf hin, daß die Testatoren einen solchen Unterschied nicht beabsichtigt, vielmehr die Substanz des klägerischen Erbtheils den Kindern der Klägerin, falls sie solche hinterlassen werde, haben sichern wollen. Eine solche Anordnung wird aber — bis auf die gegenwärtig nicht in Streit gezogenen, aus dem Pflichttheilsrecht der Klägerin eben abzuleitenden Ansprüche — keineswegs dadurch bedingt, daß die zu Fideicommissaren eingesetzten Kinder der Klägerin bereits zur Todeszeit der Testatoren concipirt gewesen sind. Vielmehr geht aus den gesetzlichen Bestimmungen über Familienfideicommisse die Zulässigkeit einer fideicommissarischen Substitution vorliegender Art zu Gunsten der zur Todeszeit der Testatoren noch nicht concipirten Großkinder derselben mit Bestimmtheit hervor. Ein Grund, diese Bestimmungen auf Singularfideicommisse zu beschränken, liegt nicht vor. Wenn gleich es nämlich seine Richtigkeit hat, daß zur Todeszeit des Erblassers noch nicht concipirte Personen denselben nicht beerben können; wenn gleich ferner der Universalfideicommissar in gewisser Beziehung an die Stelle des Erben tritt, und im gegenwärtigen Falle ein Universalfideicommiß vorliegt: so geht doch daraus allein die Unanwendbarkeit obiger Bestimmungen auf Universalfideicommisse keineswegs hervor.

Der Universalfideicommissar ist nämlich, obgleich derselbe auf Restitution der Erbschaft und damit auf Einräumung der den Erben zustehenden Rechte zu dringen befugt ist, dadurch keineswegs von vornherein einem eigentlichen Erben gleichgestellt.

Hiernach wird für die Klägerin eine freie Disposition über ihr Erbtheil erst dann eintreten, wenn, was gegenwärtig nicht der Fall, feststeht, daß sie ohne Hinterlassung von Kindern versterben werde.

Erk. des OAG. zu Celle vom 26. Jan. 1855, in S. der Ehefrau Brunckhorst, geborenen Steinmetz, c. den Steinmetz'schen Testamentsvollstrecker und Verwalter des Erbtheils der Klägerin.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 309.

Vergl. auch Erbeseinsetzung c. 1 u. ebendas. Präj. 1 zu Contr. 2.

Erbverträge.

Beseler, Lehre von den Erbverträgen.
Hasse im Rhein. Mus. Jahrg. 2. S. 150.
Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 1. S. 334 f.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 27 f.
Wagner, Zeitschr. für österreichische Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. 1. S. 345.
v. Löw, germanistische Rechtsfälle S. 309 f.

I.

Streitig ist, ob und welche Förmlichkeiten bei Errichtung eines Erbvertrages zu beobachten sind*).

Einige meinen, es sei gerichtliche Errichtung oder Bestätigung nöthig**).

---

*) Nach einer Entscheidung des OAG. zu Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzsammlung und von den Gerichten in judicando zu befolgen, kann ein Erbvertrag auf rechtsbeständige Art und Weise auch mündlich abgeschlossen werden.
Präj., bekannt gemacht den 3. März 1840.

**) Vergl. preuß. Landr. Th. 1. Tit. 12. §. 621 und den Cod. Bav. civ. T. 1. cap. 6. §. 29. Nro. 3. T. 3. cap. 11.

Hommel, Rhapsod. obs. 638.
Voigt, über die Erbverträge, in dessen Abhandl. über einzelne Gegenstände des Rechts und der Geschichte Nr. 3. S. 73 f.

Andere erfordern schriftliche Errichtung, wenn nicht Particularrechte eine besondere Form vorschreiben; man beruft sich auf Sachsenspiegel 2, 30.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche P.-R. §. 342.
Gründler, Polemik des germanischen Rechts Th. 3. S. 430.
Holzschuher, Th 2. Abth. 1. S. 887.
Mertens, de confirmatione jud. pactor. succ. p. 15.

Andere meinen, wenn Landesgesetze nichts vorschrieben, so seien nur die Erfordernisse und Förmlichkeiten eines Consensualvertrags zu beobachten.

v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 169.
Beseler, Erbverträge Abschn. 2. Abth. 1. Unterabth. 1. §. 2 u. 9.
Pütter, auserles. Rechtsf. Bd. 3. Nr. 258.
Mittermaier, d. P.-R. §. 453.
Westphal, d. P.-R. Th. 2. Nr. 71.
Runde, d. P.-R. §. 660
Hasse im Rhein. Museum Bd. 2. S. 209. Not. 76.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 41.
Gerber, d. P.-R. §. 238.

Präjudiz 1.

Das OAG. zu Cassel erkannte unterm 11 Mai 1822:
In Erwägung..., daß zwar die gesetzlichen Vorschriften über die Aufnahme der Testamente und anderer letzter Willensordnungen auf den vorliegenden Erbvertrag, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, nicht anzuwenden sind, auch Erbverträge im Allgemeinen zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Bestätigung nicht bedürfen;

jedoch nach der Verordnung vom 28. December 1816 §. 112 alle über Grundstücke und andere unbewegliche Sachen geschlossene Veräußerungs-Contracte bei Strafe der Nichtigkeit von dem Beamten, in dessen Amtsbezirk das Grundstück gelegen, bestätigt werden sollen; Erbverträge aber zu den Veräußerungs-Contracten im weiteren Sinne gehören, mithin, insofern darin nicht über den Nachlaß im Allgemeinen, als universitas, sondern über die Substanz einzelner Immobilien verfügt wird, unter der erwähnten gesetzlichen Vorschrift begriffen sind; woraus folgt, daß der fragliche Erbvertrag in Ansehung der im §. 1 aufgeführten, im Gerichtsbezirk des Stadtgerichts zu Fulda belegenen Immobilien, über deren Eigenthum zum Vortheil des Appellaten besonders darin disponirt worden, wegen fehlender Bestätigung des zuständigen Gerichts nichtig ist; welches indeß der Giltigkeit des Vertrags in seinen übrigen Bestimmungen keinen Eintrag thut; — so werden &c.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 336.

Präjudiz 2.

... und da Erbverträge nach deutschem Rechte unbezweifelt giltig sind, in Ermangelung specieller Landesgesetze auch keiner besonderen Form bedürfen, zu deren Rechtsbeständigkeit vielmehr die Zustimmung beider Theile genügt,

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 402.
Runde, deutsches Privatrecht §. 660 und die Not. b alleg. Schriftsteller
Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts nach Runde Th. 7. S. 386.
Westphal, deutsches Privatrecht Th. 2. Abh. 71. §. 1.
Thibaut, System des Pandektenrechts §. 678.

und der Grundsatz des älteren römischen Rechts, daß aus einem Vertrage ein Dritter, Nichtpaciscent, keine Rechte erlangen könne, auf diesen deutsch-rechtlichen Vertrag, und im vorliegenden Falle um so weniger Anwendung findet, als der Kläger in der Anstellung der Klage bereits diesen zu seinem Besten gemachten Vertrag acceptirt hat...

Glück, Commentar der Pandekten Th. 4. §. 343.
Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 6. October 1835, in S. Backs und Schneider, wegen Erbvertrags.

Präjudiz 3.

Der Kläger gründet seinen Anspruch auf einen nur mündlich geschlossenen Erbvertrag über die den Parteien von deren Vater angefallene Erbschaft. Die Rechtsbeständigkeit eines solchen Vertrags ist von dem Verklagten geleugnet, indem derselbe auszuführen versucht, daß in der Stadt Braunschweig Erbverträge, insoweit sie nicht schon nach römischem Rechte gestattet sind, überhaupt nicht rechtsverbindlich seien, und das Gericht erster Instanz hat die Klage, insoweit sie auf den Erbvertrag gegründet ist, zurückgewiesen, weil, wenn auch Erbverträge in der Stadt Braunschweig im Allgemeinen gelten sollten, doch der vorliegende, als der L. ult. Cod. de pact. zuwiderlaufend, ungiltig sei. Ueber diese Abweisung beschwert sich Kläger.

Das Obergericht untersucht nun zuvörderst, ob die Existenz von Erbverträgen, welche nach römischem Rechte ungiltig sind, in der Stadt Braunschweig rechtlich möglich sei; es entwickelt historisch, daß die sanctio pragmatica vom 24. September 1673, gleichwie der Landtagsabschied von 1597 Art. 52 für das übrige Land gethan, das römische Recht als gemeines Recht gesetzlich eingeführt habe, und gelangt zu dem Schlusse, daß, weil das römische Recht nur mit den Modificationen, welche deutsche Sitte und Gewohnheit nothwendig machten, recipirt sei, die Möglichkeit einer dem römischen Rechte derogirenden Gewohnheit und Rechtsgebräuche, mithin auch die Möglichkeit des Bestehens der Erbverträge, die in Deutschland stets zu den vernünftigen Gewohnheiten, unter Berufung auf folgende Schriftsteller:

Mynsinger, cent. II. obs. 33. Nro. 10.
Gail, II. obs. 125, vergl. mit obs. 126. 127 und Ev Fabricii repetitiones Gailii l. c.
Runde, deutsches P.-R. §. 660.
Danz, Commentar zu Runde Th 7. S. 378 f.
Thibaut, System der Pand. §. 678.
Glück, Erläut. der Pand. Th. 4. §. 304. S. 214. Th. 6. §. 540.
Eichhorn, Einleit. in d. deutsche P.-R. §. 340.
Mittermaier, d. P.-R. §. 401.

gerechnet seien, anerkannt werden müsse. Das Erkenntniß führt sodann ferner aus, daß sich in der Stadt Braunschweig ebenso wie in den übrigen Landestheilen und in den übrigen deutschen Ländern ein Gerichtsgebrauch ausgebildet habe, nach welchem eine einfache Verabredung zu der Rechtsbeständigkeit eines Erbvertrags genügte, und fährt sodann fort:

5) Es ist daher nur noch zu untersuchen, ob dies Gewohnheitsrecht auch diejenigen Erbverträge umfasse, welche nach der L. ult. C. de pactis ungiltig sind; denn daß der von dem Kläger behauptete Vertrag zu den durch dieses Gesetz unwirksam erklärten gehöre, leidet keinen Zweifel. Wenn aber, wie dies gezeigt worden, die Erbverträge im Allgemeinen als in der Stadt Braunschweig geltend anzusehen sind, so kann man hinsichtlich der durch die L. ult. C. de pact. verbotenen keine Ausnahme ohne besondere Nachweisung zulassen, da dieselben Gründe, welche das Fortbestehen der Erbverträge in Deutschland herbeiführten, auch auf diese Art derselben vollkommen anwendbar sind, und zwar um so mehr, als vor der L. ult. C. de pact. selbst nach römischem Rechte Zweifel über die Zulässigkeit dieser Art von Verträgen obwalteten, und das neueste römische Recht dieselben nicht ganz verwirft, sondern nur unter Modificationen zuläßt. Wenn gleich daher der oben (sub 4 in S. Schäffer c. Schäffer'schen Contradictor unterm 30. Mai 1825 entschiedene) angeführte Rechtsstreit einen Fall der vorliegenden Art nicht enthält, so kann dennoch dem Kläger der Beweis der Giltigkeit dieser besondern Art der Erbverträge nicht aufgebürdet werden. Zweifelhaft ist es dagegen,

---

§. 1. Nro 10, wo Erbverträge im Allgemeinen die gerichtliche Bestätigung verlangen. Das österreichische Gesetzbuch Art. 1249 verlangt die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments. Manche Gesetze haben nur für einzelne Arten von Erbverträgen besondere Erfordernisse Vergl. Weishaar, würtemb. P.-R. §. 793. Ueber das sächsische Recht s. Haubold, sächs. P.-R. §. 333.

ob nicht dem Verklagten wenigstens in dieser Beziehung Beweis nachzulassen sei? — Denn wenn gleich eine Abweichung von der allgemeinen Regel darin liegen würde, daß die der L. ult. C. de pact. zuwiderlaufenden Verträge in der Stadt Braunschweig Giltigkeit nicht hätten, so läßt sich doch nicht verkennen, daß insbesondere bei den eigenthümlichen Rechtsverhältnissen in der Stadt Braunschweig möglicherweise das römische Recht in dieser Beziehung üblich geworden sein könne, besonders da ein zur Zeit der Einführung des römischen Rechts in der Stadt Braunschweig in den hiesigen Landen lebender geachteter juristischer Schriftsteller die Anwendbarkeit der L. ult. C. de pact. vertheidigt.

Engelbrecht, compendium jurisprudentiae. Helmstedt 1697. pag. 585.

Da nun die Existenz eines Gewohnheitsrechts eine Thatsache ist, die der Richter als vorhanden anzunehmen nur dann berechtigt ist, wenn er dieselbe auf den Grund der Acten oder der Notorietät bezeugen kann, sich aber Entscheidungen gerade über diese specielle Frage nicht haben auffinden lassen, so kann dem Beklagten der Beweis, daß die L. ult. C. de pactis in Braunschweig üblich sei, um so weniger versagt werden, als das Gericht erster Instanz, freilich aus ungenügenden Gründen und keineswegs in Gewißheit eines bestehenden Gerichtsgebrauchs, die Anwendbarkeit der L. ult. cit. angenommen hat. Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Verklagte specielle Thatsachen, aus welchen sich seine Behauptung, daß das angeführte Gesetz in der Stadt Braunschweig angewendet sei, rechtfertigt, bei der Beweisführung anzugeben habe.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 5. Dec. 1828, in S. Kühne c. Kühne.

Das OAG. hat unterm 3. Februar 1829 dieses Erkenntniß bestätigt.

Präjudiz 4.

In einem gegebenen Falle forderte der Kläger G. von den hinterlassenen Kindern seines Stiefvaters K. den siebenten Theil des von diesem nachgelassenen Vermögens, indem sein Stiefvater wiederholt mit ihm übereingekommen sei, daß er (Kläger) für die bei Bewirthschaftung des Gutes B. geleisteten Dienste ebensoviel, als jedes seiner, K—'s, leiblichen Kinder von ihm empfangen werde, von seinem Vermögen zu empfangen habe und empfangen solle. Aus der oberrichterlichen (oberstrichterlich genehmigten) Beurtheilung dieses Rechtsfalles entnehmen wir folgende Sätze: Es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß, wenn bei einem Geschäft, welches erst nach dem Tode des einen oder des andern Theils in volle Wirksamkeit treten soll, die für das negotium mortis causa nöthige Form fehlt, im Zweifel und wenn nicht ausreichende Gründe entgegenstehen, ein negotium inter vivos angenommen werden muß, weil nicht zu vermuthen ist, daß die Contrahenten für das beabsichtigte Geschäft die richtige Form nicht gewählt haben sollten. . . . Da der Kläger (nach dem Vorbringen der Klagschrift) eine pars quota des Vermögens hat erhalten und den leiblichen Kindern des K. gleichgestellt werden sollen, es sich auch gegenwärtig nur noch um die Vertheilung des von K. hinterlassenen Vermögens handelt, so hält man die Ansicht für richtiger, daß der vom Kläger behauptete Vertrag als Erbvertrag zu betrachten sei, welcher bekanntlich durch den bloßen Consens zur Perfection kömmt und an keine äußeren Formen gebunden ist.

Kind, quaest. for. T. 1. pag. 392 sq.

Wollte man dies aber auch nicht annehmen und den Vertrag für eine donatio inter vivos ansehen, so würde dies in der Hauptsache nichts ändern, weil die Schenkung eine remuneratorische sein würde, und nach der in der Praxis angenommenen Ansicht bei dieser Gattung von Schenkungen die gerichtliche Insinuation, obgleich das Object derselben den Betrag von 500 solidis übersteigt, nicht nöthig ist.

Menken, syst. jur. civ. 1. p. 609. not. 8.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 2. th. 28. p. 206. ed. Winckler.

Aus diesen Gründen wurde das erstrichterliche Erkenntniß, welches die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, reformirt und auf Beweis des Klagegrundes erkannt.

Erk. des AG. zu Leipzig vom 14. April 1846.

Auf eingewandte Appellation wurde vom OAG. zu Dresden dieser Ausspruch bestätigt, und den Entscheidungsgründen der Vorinstanz beigetreten.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 265.

Präjudiz 5.

Wenn auch Erbverträge nach deutschem Rechte zu ihrer Giltigkeit, in Ermangelung specieller Landesgesetze, keiner Förmlichkeiten bedürfen, sondern schon durch die von beiden Seiten erklärte einfache Zustimmung verbindliche Kraft erlangen, insbesondere dabei die Zuziehung von fünf Zeugen, wie bei der römischen donatio mortis causa nicht erforderlich ist,

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 402.

Runde, deutsches Privatrecht §. 660 und die Not. b alleg. Schriftsteller.

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts nach Runde Th. 7. S. 386.

Westphal, deutsches Privatrecht Th. 2. Abh. 71. §. 1.

Thibaut, System §. 618.

so kommt doch bei denselben von den allgemeinen Erfordernissen aller Verträge das der Ernstlichkeit der Absicht, einen Vertrag schließen zu wollen, ganz vorzüglich in Betracht, weil bei ihnen die Verwechselung einer verbindlichen contractlichen Zusage mit der Erregung einer bloßen Hoffnung bei dem andern Theile, oder auch wohl mit der Versicherung, den Andern künftig auf den Todesfall bedenken zu wollen, wodurch doch keine Verbindlichkeit entsteht,

L. 61 D. de verb. obl. 45, 1.

L. 15 C. de pactis 2, 3.

sehr leicht ist, und die Absicht, sich einer freien Verfügung über sein Vermögen oder einen Theil desselben, zumal wenn dieser Theil so ansehnlich, wie im vorliegenden Falle ist, — unter Lebenden oder auf den Todesfall begeben zu wollen, die Vermuthung im Zweifel gegen sich hat.

L. 99 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

L. 9 D. de re jud. 50, 17.

Wenn nun der verstorbene Erblasser der Beklagtin sich dahin, „daß Kläger nach seinem Tode die Summe von 10,000 Thlr. aus seinem Nachlasse erben und haben sollten", geäußert hätte, so kann dies in einer doppelten Bedeutung aufgefaßt werden. Entweder der Erblasser kann damit eine unwiderrufliche Zusicherung, einen wirklichen Erbvertrag, — oder er kann damit gemeint haben, die Kläger bei einer künftigen Verfügung über seinen Nachlaß bis zu dem Belaufe von 10,000 Thlr. bedenken zu wollen. Letzteres ist an und für sich das Wahrscheinlichere, und hat aus den obigen Gründen auch die rechtliche Vermuthung für sich. Ließen sich nun auch Umstände denken, aus denen mit Bündigkeit auf eine Absicht des Erblassers, sich unwiderruflich durch jene Worte verbindlich machen zu wollen, geschlossen werden könnte, sollte es auch zulässig sein, jene Worte, in Verbindung mit dergleichen Nebenumständen, für einen Erbvertrag anzusehen, so haben doch Kläger genügende Nebenumstände, aus denen auf eine solche Absicht des Erblassers, sich unwiderruflich verbinden zu wollen, geschlossen werden könnte, nicht angeführt. Die generellen Angaben, daß die Kläger des Erblassers Anverwandte sind, daß sie ihm Liebe und Pflege erwiesen haben wollen, daß er ein wohlhabender Mann gewesen, und seine Wittwe auch ohne die geklagten 10,000 Thlr. sorgenfrei würde leben können, begründen noch keineswegs die Vermuthung, daß der Erblasser sich jeder anderweiten Verfügung über diese 10,000 Thlr. unter Lebenden oder auf den Todesfall zu Gunsten der Kläger unwiderruflich habe begeben wollen. Um eine solche Wahrscheinlichkeit zu begründen, hätten mehrere und speciellere Umstände angeführt werden müssen. So wie die Sache jetzt liegt, kann nur angenommen werden, daß der Erblasser durch jene Worte, deren Wahrheit vorausgesetzt, die Kläger auf eine künftige Hoffnung, dieselben letztwillig zu bedenken, habe hinweisen wollen. Läßt sich nun auch nicht mit der sententia a qua behaupten, daß zur Begründung der Klage, der mehrerwähnten Erklärung des Erblassers die Codicillarform durchaus hätte hinzukommen müssen, weil solche, wenn ein Erbvertrag vorläge, nicht erforderlich war, so kann doch auf keinen Fall angenommen werden, daß ein Vertrag überhaupt vorliege, und die aus demselben abgeleitete Klage genügend substantiirt sei. Kann daher auch die Klage nicht unbedingt als unbegründet

verworfen werden, so ist solche doch angebrachtermaßen zurückzuweisen, und da solchemnach die Appellation nicht in der von den Klägern behaupteten Ausdehnung begründet ist, und dies die Compensation der Kosten zur Folge haben muß, so geht die Entscheidung dahin rc.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 15. Nov. 1836, in S. Herbel c. Mundorf, wegen Erbvertrags.

Vergl. das bestätigende Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 25. März 1837 in Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 48.

Präjudiz 6.

Erbverträge, soweit sie ein Bauerngut zum Gegenstande haben, bedürfen der obrigkeitlichen Bestätigung.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel, in S. Behmer c. Voges vom 10. Nov. 1842.

Präjudiz 7.

Insoweit die vorliegende Klage auf die Aeußerungen der Beklagten gegen Klägern gestützt ist, ist dieselbe auch in voriger Instanz in der angebrachten Maße unstatthaft erachtet worden, und in dieser Beziehung bedarf solche, da nur Beklagte wider das vorige Erkenntniß Appellation eingewendet haben, keiner weiteren Prüfung. Es kommt vielmehr bei dieser Lage der Sache darauf an, ob das Suchen des Klägers, soweit es auf die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über das im 148.—157. Einl. Punkte enthaltene Versprechen gerichtet, und deshalb auf Beweis gesprochen worden, als schlüssig anzusehen sei.

Nach dem Inhalte des hierauf bezüglichen Vorbringens sollen Beklagte auf Vorhalten des daselbst benannten J., welchen Kläger um seine Vermittelung angegangen, gegen diesen die Zusage,

> „Klägers Braut, Marien Theresen, nicht nur die vollen Kindesrechte einzuräumen, sondern auch jene schon früher zu ihren Gunsten geschehene Zusicherung, daß dieselbe mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile geben solle, gleich nach der Hochzeit schriftlich abzugeben, wie Kläger es verlangt,"

gegeben haben, worauf gedachter J. Klägern sofort davon in Kenntniß gesetzt, beide sodann zu Beklagten gegangen seien, und Kläger denselben für ihre Bereitwilligkeit zu Ausgleichung der Differenz gedankt habe, bei welcher Gelegenheit Beklagte jene Zusicherung in Gegenwart J's. dem Kläger gegenüber nochmals wiederholt hätten, die von diesem abermals acceptirt worden sei.

Daß hierin alle wesentlichen Erfordernisse eines Erbvertrags enthalten sind, läßt sich nicht verkennen. Es ward dabei, unter Einwilligung der Contrahenten, angeblich bestimmt, daß Klägers Braut die einen Paciscenten nach deren Tode mit beerben solle, und die Gewährung des derselben zu hinterlassenden Erbtheils durch das Versprechen, daß sie mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile geben solle, näher festgesetzt. Zwar ist dieser Vertrag nur mündlich erfolgt, und es hat die künftige Erbin nicht selbst mit concurrirt; allein durch Gerichtsgebrauch steht fest, daß Erbverträge auch durch eine mündliche Verabredung, ohne Autorisation des Gerichts, abgeschlossen werden können,

Kind, quaest. for. T. I. qu. 54.

und ebenso gewiß ist es, daß nach heutigem Rechte solche auch zu Gunsten dritter Personen zuläßig sind,

Beseler, von Erbverträgen Th. 2. S. 79 f. 231 f.

welche jedenfalls dann ein unwiderrufliches Recht daraus erlangen, wenn sie den Vertrag vor dessen Widerruf angenommen haben.

Ist daher besagter Erbvertrag an sich als giltig zu betrachten, und läßt sich eine Unbestimmtheit desselben auch daraus nicht ableiten, daß in solchem der nunmehrigen Ehefrau Klägers ein ganz gleicher Theil mit den übrigen Kindern zugesichert worden, indem dies nicht etwa bloß auf die Hoffnung einer künftigen Succession hinweist, sondern unter Ausschließung der testamentarischen Erbfolge die Norm genügend bezeichnet, nach welcher sie künftig bei dem Nachlasse der Beklagten einzutreten haben werde, so fragt es sich nun weiter, ob Kläger wider dieselben aus jenem Erbvertrage Klage zu erheben befugt erscheint. Auch dies war zu bejahen. Denn haben Beklagte dem Letzteren, unter dessen Acceptation, die Zusicherung ertheilt, welche mit darauf gerichtet gewesen, daß sie gleich nach der Hochzeit schriftlich abgegeben werden solle, so gereicht dieser Theil des Versprechens nicht bloß zu Gunsten der nachherigen Ehefrau Klägers, sondern auch insofern zum Vortheile desselben für seine Person, als (in Ermangelung jeder Bezugnahme auf die Qualität des Erbtheils als Receptitiengut) dem Ehemanne das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an dem Vermögen seiner Ehefrau und ein Erbrecht an deren Nachlasse zusteht, und dem zufolge derselbe insoweit nicht als ein Dritter, sondern als Mitcontrahent zu betrachten war. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß dem Kläger aus dieser ihm gegenüber abgegebenen Zusage, auf deren Erfüllung selbständig zu klagen, nicht versagt werden kann.

Unter diesen Umständen hat man dem vorigen Erkenntnisse nur beizutreten gehabt, wenn es dem Kläger den Beweis seines gedachten Vorbringens auferlegt hat, und die neuerlich dagegen erhobenen Einwendungen der Beklagten sind nicht geeignet, eine Abänderung dieser Entscheidung herbeizuführen. Dieselben wollen

a) zunächst eine Unklarheit der Klage darin erblicken, daß es nach mehrerwähntem Versprechen ungewiß bleibe, ob beide, Beklagter und Mitbeklagte, nur ein Object, den dereinstigen Nachlaß des Ersteren, oder diesen, und den seiner Ehefrau, vor Augen gehabt hätten; allein die hierauf bezüglichen Worte der Klage lassen in ihrer Verbindung die Hinweisung auf den beiderseitigen Nachlaß genügend erkennen.

b) Der Umstand ferner, daß dasselbe als ein nochmaliges bezeichnet wird, vermag darum kein Bedenken zu erregen, weil dabei ausdrücklich erwähnt worden, wie es Beklagte wiederholt abgegeben haben sollen, und es daher als ein ganz für sich bestehendes sich darstellt.

c) Wenn auch die in der fraglichen Verabredung vorkommende Stelle, der Ehefrau des Klägers „die vollen Kindesrechte einzuräumen", einer verschiedenen Deutung unterliegen könnte, so findet solche doch ihre Erklärung in dem unmittelbar darauf Folgenden, daß nämlich dieselbe in ganz gleiche Theile mit den übrigen Kindern der Beklagten gehen solle, und dem erkannten Beweise dieses an sich deutlichen Erbversprechens konnte daher die sol. — enthaltene Ausstellung als entgegenstehend nicht angesehen werden.

d) Das Vermögen, welches die Ehefrau dem Ehemanne während der Ehe zubringt, ist in der Regel, und dafern deshalb nicht etwas Anderes bestimmt worden, Paraphernalvermögen, welches dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte unterliegt. Das dereinstige Erbtheil der Intervenientin würde daher, da der Erbvertrag keine dem zuwiderlaufende Bestimmung enthält, als solches zu betrachten sein, und es ist also dem hierbei wesentlich betheiligten Kläger das Befugniß nicht abzusprechen, die Angabe einer sicherstellenden Erklärung von Beklagten in Gemäßheit ihrer Zusage zu verlangen.

e) Ueber die Wirkungen jenes Erbvertrags, namentlich darüber, auf welche Quote des Nachlasses der Beklagten Klägers Ehefrau künftig einmal Anspruch zu machen haben werde, ist nach der dermaligen Lage der Sache und der Beschaffenheit der gegenwärtigen Klage gar nicht zu entscheiden, und das, was Beklagte in Betreff der möglicherweise eintretenden Pflichttheilsverletzung ihrer übrigen Kinder und der unterlassenen Zuziehung eines Vormundes derselben eingewendet haben, bedarf demnach keiner weiteren Erörterung, da jedenfalls soviel gewiß ist, daß dadurch die in Frage befangene Verpflichtung der Beklagten, deren Erfüllung Kläger jetzt nur fordert, nicht für beseitigt, und das Suchen Klägers deshalb ohne Weiteres nicht für unschlüssig geachtet werden kann.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Monat December 1855, i. S. Hermann Julius Grundig c. Johann Gotthelf Schumann.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 18. Heft 2. Nr. 56. S. 167 ff.

Präjudiz 8.

Der ohne Testament und kinderlos verstorbene B. hatte auf dem Sterbebette zu seiner Ehefrau gesagt, daß die Hälfte

seines Nachlasses nach ihrem, der Ehefrau, Tode seinen Verwandten herausgegeben werden solle, und hatte die verehelichte B. die Erfüllung dieser Willensäußerung durch Handgelöbniß versprochen. Als nun die Erben des B. von den Erben der B.'schen Ehefrau, welche den gesammten Nachlaß in Besitz genommen hatten, die Herausgabe der Hälfte desselben verlangten, erkannte das OG. zu Wolfenbüttel unterm 8. November 1852 sub rubro: Niewerth c. Sachtleben, daß Obiges für eine genügende thatsächliche und rechtliche Begründung eines deutsch-rechtlichen Erbvertrages zu halten sei, „indem an der Dispositionsfähigkeit der Paciscenten, an der Uebereinstimmung ihres Willens in Bezug darauf, was und wem und wann demnächst von dem Nachlasse des B. zugewendet werden solle, nicht der mindeste Zweifel obwaltet, durch den Tod des B. die Möglichkeit eines Widerrufs von dessen Seite aufgehört hat, mithin seit dem Tode des B. der ganze Erbvertrag für dessen Wittwe unwiderruflich und rechtsverbindlich feststehend, und die Kläger ihren Willen, die ihnen durch den verstorbenen B. mittelst dieses Vertrages zugesicherten Rechte geltend zu machen, wenn nicht früher, so doch mindestens durch die Anstellung der Klage rechtzeitig erklärt haben."

Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. 2. S. 78 f.
Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 453.
C. 1 u. 3 X. de pactis.
Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschw. Jahrg. 1. S. 73 f.

Präjudiz 9.

Der Ackermann Daniel Kirchhoff zu Twieflingen hatte klagend behauptet, der verstorbene Kothsaß Kirchhoff daselbst habe kurze Zeit vor seinem Tode im Beisein seiner Ehefrau gegen ihn erklärt, daß seine Ehefrau und er ihn beerben sollten, daß die künftige Wittwe den Nießbrauch des Hofes und des Mobiliars auf Lebenszeit, er aber den Hof selbst und den vierten Theil des Mobiliars erben solle, und sei diese Zusage acceptirt. Nachgehends habe der Verstorbene seiner künftigen Wittwe wiederholt erklärt, daß der Daniel Kirchhoff den Hof und den vierten Theil des Mobiliars nach seinem Tode, vorbehältlich des Nießbrauchs der Wittwe erhalten solle. Der Ackermann Kirchhoff hatte, da die Wittwe Kirchhoff ihm das Eigenthum an dem Nachlasse streitig machte und den Hof auf ihren Namen als Erbin des Ehemannes hatte umschreiben lassen, gegen diese auf Grund des Erbvertrags, eventuell des Oralfideicommisses darauf angetragen, dieselbe vorbehältlich des Nießbrauches zur Abtretung des Hofes an ihn zu verurtheilen.

Durch Erkenntniß des Kreisgerichts Helmstedt vom 26. Oct. 1857 wurde der Erbvertrag vorbehältlich des Beweises als giltig angenommen, und die Beklagte in der Voraussetzung, daß der Kläger den über den behaupteten Erbvertrag angetragenen, aber referirten Eid ausschwören würde, zur Herausgabe verurtheilt.

Auf erhobene Berufung wurde vom Obergerichte unterm 13. Januar 1858 das kreisgerichtliche Erkenntniß aufgehoben, und die Klage, soweit sie auf den Erbvertrag gegründet, ohne Weiteres, soweit sie aber aus dem behaupteten Oralfideicommiß hergeleitet worden, in der Voraussetzung zurückgewiesen, daß Beklagte den über die Existenz des Oralfideicommisses angetragenen und angenommenen Eid ausschwören würde, aus folgenden

Gründen:

1) Ein deutsch-rechtlicher Erbvertrag ist für perfect zu achten, sobald die Zustimmung der Contrahenten vorliegt, kein Zweifel über die Absicht derselben, sich vertragsmäßig verbindlich zu machen, obwaltet und die Erbfolge in den gesammten Nachlaß oder in einzelne, bestimmt angegebene Theile desselben ausdrücklich zugesichert ist. Einer besonderen äußeren Form zur Giltigkeit eines Erbvertrages bedarf es in Ermangelung specieller Landesgesetze nicht.

Jene Erfordernisse sind nach den in der Klage gemachten thatsächlichen Anführungen und den in der Replik gegebenen Erläuterungen bei dem behaupteten, angeblich zwischen dem Kläger und seinem verstorbenen Bruder abgeschlossenen Erbvertrage für genügend vorhanden anzunehmen. Es ist jedoch ein Klagrecht daraus in Beziehung auf den das Streitobject bildenden, sub Nr. 43 zu Twieflingen belegenen Kothhof sammt Zubehör dem Kläger nicht erwachsen; denn wenn gleich die frühere Gesetzgebung, nach welcher Contracte über bäuerliche Grundstücke, mithin auch dergleichen Erbverträge, zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Bestätigung bedurften, aufgehoben worden, so ist doch durch das Gesetz vom 19. März 1850, die Erwerbung dinglicher Rechte an Grundstücken betreffend, ausdrücklich bestimmt, daß alle über dingliche Rechte an Grundstücken und Grundgerechtsamen abgeschlossenen Verträge, wenn sie nicht vor Gericht oder Zeugen aufgenommen und geschlossen sind, nichtig seien, und soweit dieses nicht geschehen, weder ein Recht der Klage noch der Einrede begründen sollen. In dem hier in Frage kommenden Erbvertrage, welchen das angezogene Gesetz nicht ausnimmt, hat nun der verstorbene Ehemann der Beklagtin zu Gunsten des Klägers über seinen Kothhof und über den vierten Theil seines Mobiliarnachlasses, nicht über seinen Nachlaß im Allgemeinen verfügt, auch einen Altentheil in demselben angeordnet; er ist daher in diesen Beziehungen zu den Veräußerungscontracten im weiteren Sinne zu rechnen, und wird, insoweit darin über den Hof disponirt und der Beklagtin eine Leibzucht ausgesetzt ist, durch die Bestimmungen des Gesetzes betroffen. Da nun aber die in solchen vorgeschriebenen Formalitäten nicht beobachtet sind, so kann der Vertrag für rechtsbeständig nicht gehalten werden, und fällt damit das Klagrecht des Klägers hinweg.

2) Zur Giltigkeit und Wirksamkeit eines Oralfideicommisses wird nur erfordert, daß die Absicht des Erblassers, Jemandem etwas letztwillig zuzuwenden, vorliege und mit Bestimmtheit sich erkennen lasse, und daß von demselben seinem Testaments- oder Intestaterben dieser Wille mitgetheilt sei.

L. ult. C. de fideicomm. 6, 42.
L. ult. Inst. de fideicomm. hered. 2, 23.
L. 2 C. comm. de legat. et fideicomm. 6, 43.

In dieser Hinsicht genügen die in der Klage vorgebrachten thatsächlichen Momente zu der Begründung derselben, insbesondere ist in der nach dem Anführen des Klägers durch den Erblasser an die Beklagtin, seine Intestaterbin, geschehenen Aufforderung, nach seinem Ableben den Hof an den ersteren herauszugeben, eine hinreichende Auflage enthalten. Der Kläger hat zur Führung des ihm obliegenden Beweises der Beklagtin den Eid deferirt und ist dieser von derselben angenommen. Die Zurückweisung der auf das Oralfideicommiß gegründeten Klage ist daher von der Ableistung dieses Eides abhängig.

Die gegen dieses Erkenntniß verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde ist am 4. März 1858 vom Cassationshofe zu Wolfenbüttel verworfen, indem in den Entscheidungsgründen geltend gemacht wurde, daß der behauptete Erbvertrag zu seiner Giltigkeit der im §. 1 des allegirten Gesetzes vom 19. März 1850 vorgeschriebenen Form bedurft habe, weil diese in dem Gesetze unbedingt in Bezug auf alle Verträge, durch welche dingliche Rechte an Grundstücken erworben werden, erfordert ist.

Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschw. Jahrg. 5. S. 85 ff.

II.

Streitig ist, ob acquisitive Erbverträge zu errichten nur Personen adligen Geschlechts erlaubt sei.

Einige meinen, der deutsche Gebrauch der Erbverträge beschränke sich bloß auf den Adel, während bei Personen bürgerlichen Standes Erbverträge nur kraft besonderer Gewohnheiten und Statuten für Ehepacten und Einkindschaften begründet werden können.

Cocceji, jur. civ. contr. lib. 2. tit. 14. qu. 3. §. 4.
Lyncker, resp. I. 5. Nro. 2.
Strecker, diss. doctrina de pactis success. ejusque usu in Germania XI. §. 5.

Andere meinen, daß Erbverträge nicht als ein Vorzug eines privilegirten Standes anzusehen seien; vielmehr könne Jeder einen Erbvertrag abschließen, der über sein Vermögen giltig verfügen kann.

Heineccius in elem. jur. Germ. lib. 2. §. 167. Nro. 3.
Leyser, sp. 43. med. 5.
Struben, rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 256.
Runde, deutsch. P.-R. §. 660.
Kapf, merkw. Civilrechtspr. t. S. 26.
Gründler, Polemik Th. 3. §. 658.
Pütter, Rechtsfälle Bd. 3. Th. 1. Resp. 258.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 40.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 887.

Präjudiz 1.

In einer Rechtssache hatte das Appellationsgericht seinem Urtheile den Satz zu Grunde gelegt:

Das gemeine deutsche Recht kenne bei der Succession in bürgerliche Familienfideicommisse kein Vorzugsrecht des Mannsstammes vor dem Weiberstamm.

Die hiegegen an den obersten Gerichtshof gebrachte Nichtigkeitsbeschwerde hatte keinen Erfolg. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kömmt vor:

Kein Schriftsteller des gemeinen deutschen Rechts hat namhaft gemacht werden können, der ausdrücklich gelehrt hätte, daß jene Ausschließung (des Weiberstamms durch den Mannsstamm) auch bei bürgerlichen Fideicommissen zu präsumiren sei, vielmehr sind alle, welche sich auf diese Frage bestimmt eingelassen, einstimmig der Ansicht, daß bei solchen Fideicommissen die Vermuthung gegen die Ausschließung streite.

Eichhorn, Einleitung §. 369.
Westphal, d. Pr.-R. Abh. 57. §. 14.
Mittermaier, d. Pr.-R. §. 447. sub IV.
Phillips, d. Pr.-R. §. 186—187.
Maurenbrecher, d. Pr.-R. §. 572.
v. Salza, von Familienfideicommissen §. 54.
Gerber, d. Pr.-R. §. 274.

Am ausführlichsten hat sich Wilda in der Zeitschrift f. d. Recht Bd. 12. S. 192 dahin ausgesprochen:

„Wenn ein Geschlechts-Fideicommiß zum Besten einer bürgerlichen Familie errichtet worden ..... so kann nicht wohl Erhaltung des Glanzes der Familie in dem Sinne, den man damit bei dem Adel verbindet, als zu vermuthender Hauptzweck unterstellt, und bei der Erklärung der Stiftungsurkunde zu Grunde gelegt werden; denn es würde darin ein Heraustreten aus dem Kreise der Lebenseinrichtungen und selbst der sittlichen Ansichten liegen, wie sie beim Bürgerstand zu herrschen pflegen. Im zweifelhaften Falle wird man daher bei einem bürgerlichen Fideicommisse annehmen müssen, daß dem Gründer das Erbgüterrecht ..... nach welchem das ererbte Vermögen ohne Unterschied des Geschlechts auf alle Nachkommen übergehen soll, vorgeschwebt habe."

Dieser übereinstimmenden Lehre widersprechen auch natürlich diejenigen nicht, welche ausdrücklich nur von Fideicommissen des Adels handelnd, die Ausschließung des Weiberstammes als Regel aufstellen, wie

Knipschildt, de fideic. fam. nobilium cap. 8. sub 2.
Runde, d. P.-R. §. 692—693.
Stryk, de success. ab int. cap. 2. Nro. 9.

oder wie Hillebrand, d. Pr.-R., welcher S. 686 angibt, daß der Bürgerstand nur selten Fideicommisse errichte, und dann S. 688 mit Berufung auf Wilda bemerkt: „Gegründet werden die Fideicommisse regelmäßig nur für die Agnaten einer Familie."

Bei der bekannten Seltenheit der Fideicommisse unter dem Bürgerstande sind endlich auch die allgemein lautenden Aussprüche anderer Schriftsteller:

Berger, oeconom. jur. II. 4. §. 32.
J. H. Böhmer, introduct. II. 1. 36. t. 1. Nro. 15. 16. p. 268.
Pütter, Rechtsfälle Th. 1. Bd. 3. S. 136. Bd. 2. S. 825.

gleich wie jene von Knipschildt, Runde u. s. w. wohl nur für adelige Fideicommisse gemeint .....

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 26. Juni 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 71.

III.

Streitig ist, ob auch Minderjährige und Kinder, welche noch in väterlicher Gewalt stehen, Erbverträge errichten können.

Einige meinen, Minderjährige könnten nicht ohne Zustimmung ihres Vormundes und obrigkeitliches Decret einen Erbvertrag schließen.

Eichhorn, d. P.-R. §. 343.
Holzschuher, Th. 2 Abth. 1. S. 894.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 40.

Andere halten den Consens der Vormünder nicht für erforderlich.

Mittermaier, d. P.-R. §. 453 a. E.
Stryk, de succ. ab int. diss. VIII. c. 5. §. 13.

Siehe hiergegen

Gottschalk, sel. disc. for. T. I. cap. 5.

Andere meinen, sowohl die Frage, ob die Testamentsmündigkeit, wo sie vor der gewöhnlichen Mündigkeit eintritt, auch zur Abschließung von Erbverträgen berechtige, als auch die Frage, ob ein Haussohn über sein pecul. adveut. einen Erbvertrag eingehen könne, sei zu verneinen.

Beseler, Erbverträge Bd. 2. S. 255.
Gerber, d. P.-R. §. 258. Not. 6.

Präjudiz 1.

Das Großherzogl. hessische Hofgericht in Darmstadt nahm bei Entscheidung über die Giltigkeit eines von einem noch nicht ganz volljährigen Mädchen mit ihrem Verlobten geschlossenen Erbvertrags an, daß solcher, wenn einer der Ehegatten eltern- oder kinderlos versterben, ohne anderweit disponirt oder widerrufen zu haben, als Schenkung auf den Todesfall aufrecht zu erhalten sei.

Bopp, Mittheil. Bd. 3. S. 127.

Präjudiz 2.

Ein minor pubes, der ohne Genehmigung seines Vormundes Jemanden durch Vertrag zu seinem Erben ernannt hat, ist dadurch nicht gebunden, kann vielmehr, so lange er diese Disposition nicht nach erreichter Volljährigkeit ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, jederzeit, ohne erst der Restitution zu bedürfen, einseitig davon abgehen und anderweitig rechtsgiltig über seinen Nachlaß verfügen.

Erk. des OAG. zu Oldenburg.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 253.

Präjudiz 3.

Eine Wittwe vertheidigte sich gegen die Ansprüche der Intestaterbin ihres Mannes durch Geltendmachung des mit diesem errichteten Erbvertrages. Die Klägerin behauptete dagegen die Nichtigkeit des fraglichen Erbvertrages, weil der Verstorbene denselben in minderjährigem Alter ohne Zuziehung eines Curators geschlossen hatte. Diese Behauptung wurde für begründet, und die Klägerin für befugt erachtet, die obwaltende Nichtigkeit geltend zu machen. Diese Befugniß (sagen die oberstrichterlichen Motive) wird auch dadurch allein, daß der erwähnte Ehemann innerhalb fünf Jahren nach erlangter Volljährigkeit den Erbvertrag als nichtig anzufechten unterlassen hat, keineswegs ausgeschlossen, weil die aus C. 3 si major factus alienationem 8, 74 entnommene Analogie, indem das Gesetz sich nur auf wirkliche Veräußerungen bezieht, auf einen Erbvertrag, dessen Eingebung als eine Veräußerung nicht angesehen werden kann, unanwendbar ist.

Erk. des OAG. zu Celle vom 30. April 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 202.

Präjudiz 4.

In dem Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 12. Febr. 1857, in Sachen Timmermann c. Bäker, heißt es:

Was zunächst die formelle Existenz jenes (Erb-) Vertrages anlangt, so könnte solche nach römischem Rechte in Frage kommen, wegen der väterlichen Gewalt des einen Contrahenten über die Mitcontrahenten, welche vermöge fingirter Personeneinheit Verträge nicht nur zwischen diesem und jenem, sondern auch zwischen diesen allein ausschließt. Nach heimischem Rechte indessen trat theils schon Beklagter durch die Hofsannahme selbst aus der väterlichen Gewalt heraus, wenn er sich noch darin befand, theils ist das Prinzip jener Personeneinheit in Deutschland nicht soweit praktisch geworden, um die Errichtung von Verträgen zwischen Vater und volljährigen Kindern und unter diesen unmöglich zu machen,

Gerber, deutsch. P.-R. (1853) §. 242.
Weber, natürl. Verbindl. §. 88. S. 368.
Phillips, d. P.-R. §. 152.
Glück, Pand. §. 137 u. 138. S. 272 u. 273 und die von Weber und Glück alleg. Schriftsteller.

wenigstens nicht innerhalb entschieden germanischer Institute, wie Hofsabtretungen, Erbverträge rc.

v. Holzschuher, Theorie ed. 2 de 1856. Bd. 1, S. 665.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. S. 170. Not. 8.

Präjudiz 5.

Eine Uebereinkunft des A mit dem Vater des B dahin, daß dieser B Erbe des A werde, und dagegen sein Recht auf des Vaters Nachlaß verlieren solle, würde ein mündlicher Erbvertrag sein, dessen Giltigkeit mit Recht zu bestreiten wäre, da der Vater des B, wenn auch sonst, als dessen natürlicher Vormund, für denselben zu contrahiren befugt, durch einen in des B Namen mit einem Dritten geschlossenen Vertrag den von seinem, des Vaters, Nachlasse dem B wenigstens gebührenden Pflichttheil demselben nicht entziehen und sich darüber ein Dispositionsrecht nicht anmaßen darf; daher jener Vertrag nur durch einen dem B ad hoc zu bestellen gewesenen Curator hätte abgeschlossen werden können.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 4. Jan. 1831, in Sachen Schmidt c. Funle.

Präjudiz 6.

Eine Entscheidung des OAG. Celle de a. 1846, i. S. Sunemann c. Bock (mitgeth. im Mag. für hannov. R. Bd. 1. S. 171), spricht aus:

Erbverträge, welche das ganze Vermögen zum Gegenstande haben, enthalten eine Veräußerung nicht, und können daher auch ohne obrigkeitliches decretum de alienando von Minderjährigen eingegangen werden.

IV.

Streitig ist, ob der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten, welcher dazu nicht eingewilligt hat, giltig sei, wenn dieser Dritte seine Zustimmung dazu nicht ertheilt hatte.

Einige meinen, daß den römischen Grundsätzen über Ungiltigkeit solcher Verträge um so mehr zu folgen sei, als man auch in älteren deutschen Rechtsbüchern, z. B. in Capitular. lib. VII. c. 328, Sachsenspiegel c. 278, dergleichen Grundsätze finde. Rücksichtlich des Dritten sei also der Erbvertrag eine res inter alios acta.

Kapf, merkw. Civilrechtssprüche Bd. 1. S. 33.
Hasse im Rhein. Mus. Bd. 2. S. 228.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 43.

Andere meinen, dergleichen Verträge seien auch heut zu Tage bei uns giltig, weil weder die Capitularien noch der Sachsenspiegel ein gemeines Recht begründen, und weil vielmehr die Analogie des longobardischen Lehnrechts I. F. 27. §. 1 und Sächsisches Lehnrecht cap. 10, so wie eine allgemein anerkannte Praxis die Zulässigkeit dergleichen Erbverträge anerkenne.

Mittermaier, d. P.-R. §. 453.
Gründler, Polemik Th. 3. §. 659.
Thibaut, System §. 678.
Hommel, Rhaps. obs. 59.
Kreitmayr, Anmerk. ad cod. Bavar. civ. T. 3. c. 11. §. 1. Nro. 4.
Eichhorn, d. P.-R. §. 343.

Präjudiz 1.

In einem an das OAG. zu Celle gebrachten Rechtsstreit Dreyer c. Dreyer handelte es sich darum, ob ein Erbvertrag, den mehrere Geschwister über den Nachlaß ihrer Mutter abgeschlossen hatten, als giltig zu betrachten sei. Das OAG. nahm in seiner Entscheidung vom 24. Nov. 1851 an, daß der Erbvertrag keineswegs ohne Weiteres als solcher, sondern nur deshalb als giltig anzusehen sei, weil actenmäßig die Mutter dem fraglichen Erbvertrag über ihren Nachlaß zugestimmt habe.

Magazin für hannov. Recht Th. 2. S. 443.

Präjudiz 2.

Nach römischem Rechte sind Verträge über die Erbschaft einer bestimmten noch lebenden dritten Person ungiltig, wenn sie ohne deren Wissen und Einwilligung abgeschlossen worden. Ob dies auch in Deutschland gelte, ist bestritten. Man führt gegen die Geltung an, das römische Motiv, die Besorgniß für das Leben des Erblassers, sei uns völlig fremd, und falle ohnedies völlig weg, wo es sich von dem Vermögen eines Verschollenen handelt. Auch finde die Ansicht der Const. 4 de inutil. stipul. 8, 39, der Vertrag über die Erbschaft eines Lebenden sei contra bonos mores, in heutigen deutschen Volksansichten keinen Haltpunkt mehr. Demzufolge hat sich das

Obertribunal zu Stuttgart in einem Erk. vom 14. Juni 1836

dahin ausgesprochen: schon bei mehrern Veranlassungen, namentlich in Beziehung auf das Vermögen von Verschollenen oder auch solchen Personen, welche selbst der Dispositionsbefugniß ermangeln, sei von ihm angenommen worden, daß Verträge der Präsumtiv-Erben über das Vermögen solcher Personen, auch ohne deren Theilnahme, in Bezug auf die Paciscenten selbst nach den Grundsätzen des deutschen (und würtembergischen) Rechts als rechtlich zulässig zu betrachten seien.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 252.

Präjudiz 3.

Nach C. 30 de pactis 2, 3 sind Verträge über die künftige Erbschaft eines noch Lebenden, wenn dieser nicht zugestimmt hat, auch unter den Contrahenten unwirksam. Die von angesehenen Rechtslehrern vertheidigte Ansicht, daß nach den Grundsätzen des deutschen Rechts über die Giltigkeit von Erbverträgen die C. 30 cit. unanwendbar geworden sei, und derselben ein allgemeiner Gerichtsgebrauch entgegenstehe, kann für richtig nicht gehalten werden*).

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 5. Mai 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 313.

*) Bezugnahme auf Pufendorf, observat. juris Tom. 3. obs. 12 Hasse, über Erbverträge im Rhein. Museum Th. 2 S. 218—241. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. 2. Bd. 2. S. 336 f.

Vergl. überhaupt über Erbverträge zu Gunsten Dritter Contr.-Lex. Abth. 2. Verträge II. Contr. 3. S. 399 f.

Präjudiz 4.

Mag man die Zulässigkeit von Verträgen zum Besten dritter Personen nach dem heutigen praktischen Recht noch so sehr beschränken: so viel steht jedenfalls fest, daß heutzutage Erbverträge zu Gunsten Dritter statthaft und wirksam sind.

Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. 2. Bd. 1. S. 79 f. 231 f.

Der Dritte aber, zu dessen Gunsten von andern Personen contrahirt worden ist, erwirbt aus deren Vertrage erst dann ein Recht, welches er klagend verfolgen kann, wenn entweder er selbst diesem Vertrage beigetreten ist, oder wenn sonst die Paciscenten nicht mehr berechtigt sind, den Vertrag aufzuheben. Der letztere Fall tritt mit dem Tode des einen oder des andern Contrahenten ein. Was aber den ersten Fall einer unabänderlichen Wirksamkeit des Vertrags für den Dritten anlangt, so

sind die Rechtslehrer heutzutage darüber einverstanden, daß, so lange der Dritte, zu dessen Gunsten von Andern paciscirt worden ist, seinen Beitritt zu dem Vertrage noch nicht erklärt hat, die letzteren denselben ungehindert wieder aufheben können, und daß mithin ein gesichertes, klagbares Recht für den Dritten erst durch jene Erklärung entsteht.

Beseler a. a. O. S. 76 f.

Wir entnehmen diese Sätze aus den Motiven einer Entscheidung des OAG. zu Dresden vom 6. Nov. 1849.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 74.

Präjudiz 5.

In Uebereinstimmung mit der von Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (3. Ausg.) §. 343 sub IV., entwickelten Ansicht ging das OAG. zu Celle bei einem unterm 10. Mai 1852 abgegebenen Erkenntnisse von folgenden Grundsätzen aus:

Verträge bringen nur Rechte und Verpflichtungen unter den Contrahenten hervor, und dieser Rechtssatz gilt ebenmäßig in Hinsicht der Erbverträge im Allgemeinen. Dagegen ist zur Wirksamkeit solcher Erbverträge, durch welche der Nachlaß des einen Contrahenten auf den andern Contrahenten unter der Verpflichtung übertragen wird, daß solcher nach dessen Absterben einem Dritten zufallen solle (pacta success. restitutiva s. devolutiva), die Einwilligung oder Acceptation dieses Dritten keineswegs erforderlich, indem, wenngleich Verträge zu Gunsten eines Dritten auch nach deutschem Rechte allgemein als giltig nicht zu betrachten sind, dennoch vermöge der Gewohnheit solche Erbverträge in Hinsicht des Dritten für völlig wirksam gehalten werden müssen, wie dieses gleichfalls in Hinsicht derjenigen Verträge, durch welche Familienfideicommisse errichtet werden, der Fall ist.

Erk. in S. der verehel. Meerschulte und des Joseph Pieper zu Schaper, Appellanten, wider die Eheleute Richtering zu Mebringen, Appellaten, wegen Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 299.

Präjudiz 6.

Ein zu Gunsten eines Dritten geschlossener Erbvertrag bindet nach dem durch die Praxis gebildeten heutigen Rechte den Promittenten, in der Weise jedoch, daß der zu Gunsten des Dritten Stipulirende den Promittenten bis zu dem etwaigen Hinzutreten weiterer, diese Befugniß beschränkender Umstände von seinem Versprechen befreien kann. Ist aber der Wille des Stipulators z. B. durch den Tod ein unwiderruflicher geworden, so erlangt der Dritte auch ohne früher erklärten Beitritt ein klagbares Recht.

Beseler, Erbverträge Th. 2. Bd. 1. S. 71. 231. Bd. 2. S. 253 f.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 18. Octob. 1845, A. 7. Nr. 133.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 64

Präjudiz 7.

Als sich der Ackermann Sander zu Salder 1844 mit Henriette Strube verheirathete, trafen dieselben in ihrer Ehestiftung die Bestimmung, daß, wenn die einzugehende Ehe kinderlos bleiben würde, zwar der überlebende Gatte des Andern alleiniger Erbe sein, jedoch an dessen nächste Erben sechs Monate nach des Vorversterbenden Tode 1000 Thlr. herauszahlen solle; wobei jedoch die Brautleute sich vorbehielten: den oder die zu bestimmen, welchem oder welchen diese Summe zufallen solle. Die Mutter des Bräutigams nahm diese Erklärungen an, wogegen sie auf ihr Miterbrecht Verzicht leistete. Von den Geschwistern des Bräutigams war bei Errichtung der Ehestiftung Niemand zugegen.

Die Mutter des Sander starb 1845, dieser selbst aber kinderlos im folgenden Jahre, nachdem er in einem Testamente, jene Bestimmung aufhebend, die fraglichen 1000 Thlr. seiner Ehefrau überwiesen hatte.

Im Jahre 1848 erhoben nun die drei Geschwister des Sander gegen dessen Wittwe Klage auf jene 1000 Thlr. und wurden ihnen solche in zweiter Instanz zugesprochen.

Gründe:

Der §. 4 der Ehestiftung enthält die im Bauernrechte nicht ungewöhnliche Verabredung, daß im Falle des kinderlosen Absterbens eines Ehegatten der Ueberlebende denselben allein beerben, jedoch an dessen nächste Erben eine gewisse Summe herausgeben solle — eine Vertragsclausel, welche sowohl in der natürlichen Zuneigung des Contrahenten zu den Mitgliedern seiner Familie, seinen Blutsverwandten, als auch in der hergebrachten Ansicht, daß das Vermögen thunlichst der Familie erhalten werden müsse, ihren Grund hat. Aber nicht die Verlobten allein schlossen diesen Erbvertrag ab, sondern es nahm auch des Bräutigams Mutter als Mitcontrahentin daran Theil; sie, als zur Intestaterbfolge zunächst berechtigte Blutsverwandte, verzichtete — als Gegenleistung — auf das ihr eventuell zustehende Notherbenrecht und verhielt sich dabei als Repräsentantin oder Geschäftsführerin der Blutsverwandten des Verlobten, welcher letztere auch ohne solche Zuziehung seiner Mutter gar nicht berechtigt gewesen wäre, seiner Braut das fragliche Erbrecht in bedungener Weise zuzusichern.

Wenn nun gleich die Kläger an jenem Vertrage persönlich nicht Theil genommen haben, und wenn man auch annehmen wollte, daß die Contrahenten die zu Gunsten eines Dritten gemachte Stipulation, bevor dieser dem Vertrage rechtsbeständig beigetreten, wieder aufheben oder abändern können, so daß der Promittent durch den Stipulator von der übernommenen Verpflichtung wieder befreit wird, so kann doch im vorliegenden Falle dieses den Klägern schon um deswillen nicht entgegenstehen, und das von dem Ehemanne der Beklagten errichtete Testament als wirksam den Klägern nicht entgegengesetzt werden, weil die Wittwe Sander, welche die Stipulation sich ebenfalls hatte machen lassen, inzwischen gestorben war, ohne von den erlangten Vertragsrechten irgend etwas aufzugeben, der Vertrag daher nun unverändert in Ausführung kommen mußte,

Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. 2. Bd. 1. S. 75. 78. 79.

es kommt ferner in Betracht, daß der Grundsatz des älteren römischen Rechts, daß dritten Personen mit den zu ihrem Vortheile geschlossenen Verträgen ein Klagrecht nicht erwächst, schon im neueren römischen Recht modificirt, und ihnen in Fällen dieser Art, auch ohne daß es einer vorherigen Abtretung der Klage von Seiten des Promissars bedarf, nach ausdrücklich oder stillschweigend erfolgter Acceptation eine actio utilis gestattet wird.

C. 8 de donat. quae sub modo 8, 55.

§. 19. 20 Inst. de inutil. stipulat. 3, 20.

Mühlenbruch, Cession §. 14 a. E.

Die Rechtsbeständigkeit des von dem Ehemanne der Beklagtin errichteten Testamentes läßt sich auch nicht durch den im §. 4 der Ehestiftung enthaltenen Vorbehalt: „den oder diejenigen zu bestimmen, welchen die eventuell herauszuzahlenden 1000 Thlr. zufallen sollen“, begründen; denn dieser Vorbehalt ging nicht dahin, den nächsten Erben diese Summe entziehen zu dürfen, sondern er ist nur dahin zu verstehen, daß dem Ehegatten die Befugniß vorbehalten bleibe, unter jenen nächsten Erben den Honorirten auszuwählen und zu bestimmen, theils nach der vorgekommenen Wortfassung, theils nach dem Sinne und Zwecke des Geschäfts, dem diese Deutung am entsprechendsten erscheinen muß, während, wenn man einen unbeschränkten Vorbehalt darin finden wollte, die Stipulation, der verstorbenen Wittwe Sander als Mitcontrahentin gegenüber, hätte ganz frustrirt werden können.

Thibaut, System §. 55.

Der Ansicht der Beklagtin, daß der im §. 4 der Ehestiftung gebrauchte Ausdruck: „nächste Erben“ zu allgemein und unbestimmt sei, ist nicht beizupflichten. Da nach dem Vertrage der überlebende Ehegatte ausschließlicher Erbe des Vorverstorbenen werden sollte, ist zunächst soviel gewiß, daß nicht der wirkliche successor in universum jus defuncti darunter zu verstehen sei, vielmehr nach einem gewöhnlichen Sprachgebrauche diejenigen, welchen nach Intestaterbrecht die Erbschaft würde deferirt worden sein, und zwar mit Ausschluß des überlebenden Ehegatten, weil dieser gerade verpflichtet ist, die fraglichen 1000 Thlr. an jene herauszugeben, Gläubiger und Schuldner aber in einer Person nicht vereinigt sein können.

In höchster Instanz wurde diese Entscheidung bestätigt.

Gründe:

1) Der Grundsatz, daß Verträge nur unter den Paciscenten wirken, welcher doch schon im vorjustinianeischen Rechte die Ausnahme zuließ, daß Jemand für sich und seine Erben etwas versprechen lassen konnte,

fr. 38. §. 14 de verb. obl. 45, 1.

hat mehrfache Modificationen erlitten, und wenn auch die in den Gesetzen aufgeführten einzelnen Ausnahmefälle allerdings nicht zu der Annahme berechtigen, daß im neuesten römischen Rechte bei allen Verträgen eine Stellvertretung ohne vorgängiges Mandat gestattet sei, so wird doch nach völlig entschiedener, deutsch-rechtlicher Praxis allgemein aus einem für einen Dritten abgeschlossenen Vertrage diesem Dritten ein Klagrecht eingeräumt, vorausgesetzt daß der Contrahent durch Amt, Auftrag oder durch Geschäftsführung mit darauf folgender Ratihabition zu solcher Vertretung befugt erscheint. Der Fall einer negotiorum gestio liegt hier aber offenbar vor, weil die Mutter der Kläger, im §. 4 der Ehestiftung vom 21. März 1844, auf ihre eventuelle Pflichttheilsberechtigung verzichtend, von den Brautleuten als Promittenten für den unterstellten Fall sich die Zahlung der in Rede stehenden Summe zu 1000 Thlr. an die nächsten Erben ihres Sohnes, welche zugleich auch ihre Erben waren, hat versprechen lassen, nämlich von ihrem Sohne: daß er diesen Betrag dann seinen nächsten Erben zuwenden, — und von der Braut: daß sie die Zahlung dann aus der ihr zufallenden Erbschaft ihres Ehegatten leisten wolle. — Unter „nächste Erben" sind diejenigen Personen zu verstehen, welche zur Zeit des Todes des zuerst versterbenden Ehegatten dessen nächste Blutsverwandte sein würden, welche als Intestaterben zur Erbschaft berufen werden müßten, wenn sie der Erbvertrag oder die Erbberechtigung der Ehegatten nicht davon ausgeschlossen hätte.

fr. 92. 155. 162 de verb. sign. 50, 16.

Solche Bezeichnung ist bestimmt genug, da die bezeichneten Erben, damals freilich noch unbestimmte Personen, später mit Sicherheit auszumitteln waren.

Daß die Kläger diese Personen seien, ist nicht bestritten, und dieselben haben den zu ihren Gunsten geschlossenen Vertrag durch eine ihren Willen kundgebende Handlung, nämlich durch Anstellung der Klage acceptirt.

2) Vor solcher Acceptation hätte freilich die Mutter der Kläger den Promittenten das von denselben ihr ertheilte Versprechen nachlassen können; dieselbe ist aber, ohne solches zu thun, gestorben, und mit ihrem Tode das fragliche Uebereinkommen unwiderruflich geworden, dergestalt daß das Recht des Widerrufs nicht auf ihre, der Mutter Erben, namentlich nicht auf ihren Sohn, den Mitcontrahenten, übergegangen sein kann.

3) Die Verlobten haben unter Zustimmung der Mutter des Bräutigams freilich sich das Recht vorbehalten, „den oder die zu bestimmen, welchem oder welchen die fragliche Summe zufallen solle"; dieser Vorbehalt läßt aber in dem Zusammenhange, in welchem er mit dem vorhergehenden Passus steht, nur die Deutung zu, daß solche Bestimmung unter den nächsten Blutsverwandten, welchen ja der Vortheil zugewendet werden solle, getroffen werden müsse, nicht aber die, daß auch eine andere Person, etwa auch die Mitpromittentin, bezeichnet werden könne; also enthält das Testament vom 4. März 1846 eine Verfügung, zu welcher der verstorbene Ehemann der Beklagtin gar nicht befugt war.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel vom 29. Januar 1850.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 133 sub I.

Präjudiz 8.

Nach den in der Praxis feststehenden Grundsätzen hat der zum Vortheile eines Dritten eingegangene Vertrag, insbesondere ein solcher Vertrag, welcher sich auf Erbschaften bezieht, unter den Contrahenten alsbald mit dem Abschlusse volle Wirksamkeit. Für den Dritten entsteht diese allerdings erst dadurch, daß er dem Vertrage beigetreten ist, denselben acceptirt hat, was sowohl ausdrücklich, als stillschweigend durch concludente Handlungen, folglich auch durch Anstellung der entsprechenden Klage geschehen kann. Bis dahin, daß die Acceptation, — Bedingung der Giltigkeit der zum Besten des Dritten gemachten Stipulation, — erfolgt ist, sind freilich die Hauptcontrahenten durch beiderseitiges Einverständniß den Vertrag aufzuheben befugt. Einseitiger Rücktritt des einen ohne Zustimmung des andern Mitcontrahenten findet keine Statt, und nur dafern der eine Hauptcontrahent lediglich als Promissar oder Stipulator, der andere Hauptcontrahent lediglich als Promittent erscheint, würde jener, vor der Zeit der Acceptation des Vertrags von Seiten des Dritten, dem Promittenten die übernommene Verbindlichkeit zu erlassen befugt zu halten sein. Mit dem Tod des einen Hauptcontrahenten jedoch, wenn dieser bei Lebzeiten seinen Willen nicht gilig geändert hat, ist das Recht des Dritten unwiderruflich geworden, indem die dem Hauptcontrahenten etwa zuständig gewesene Befugniß, den Vertrag durch anderweite Uebereinkunft aufzuheben, oder den Mitcontrahenten von der Verbindlichkeit durch Remissivvertrag zu befreien, auf die Erben keineswegs übergeht, also diesen der Rücktritt um so mehr versagt ist, wenn solcher der muthmaßlichen Absicht des Erblassers nicht gemäß sein, sondern zuwiderlaufen würde: solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris refragatur, fr. 19. §. 1 de reg. jur. 50, 17.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel von 1849, in S. Schaper w. Dammeyer wegen Erbschaftsgelder.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 133 sub II.

V.

Streitig ist, in wiefern derjenige, welcher einen Erbvertrag errichtet, an der Vornahme von Schenkungen und anderer Dispositionen gehindert sei*).

Einige meinen, daß der Erbvertrag nur die Befugniß zu Dispositionen auf den Todesfall aufhebe, jedoch nicht die Dispositionsfreiheit unter Lebenden beschränke, mithin die Befugniß zur Veräußerung unbeweglicher Sachen, oder zu Schenkungen, nicht aufhebe.

Eichhorn, d. P.-R. §. 344.
Pütter, auserles. Rechtsf. Bd. 4. Nr. 391.
Mittermaier, d. P.-R. §. 454.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 888.

Andere wollen bei Erbverträgen Schenkungen auf den Todesfall ausschließen.

Beseler, Erbverträge I. S. 259.
Paez, comm. successione per pactum promissa, quatenus promittenti facultas inter vivas disponendi adempta sit (1801) §. 10.
Eichhorn, d. P.-R. §. 344.
Hommel, Rhapsod. Vol. 4. qu. 708.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 43.

Andere räumen dem Vertragserben sogar ein Widerspruchsrecht gegen Veräußerungen ein, welche in der Absicht, sein Recht zu vereiteln, vorgenommen werden.

Eichhorn, d. P.-R. §. 344.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 43.

---

*) Das Preußische Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 626 gesteht den Vertragserben bloß den Antrag auf Prodigalitätserklärung zu, wenn die Handlungsweise des Promittenten von der Art ist, um ihn nach den Gesetzen für einen Verschwender erklären zu können, im Fall übermäßiger Schenkungen aber den Widerruf nur in den Grenzen, innerhalb deren der Schenker selbst nach den Gesetzen zum Widerruf berechtigt war.

Im Königreich Sachsen ist in der 13. Decision v. 1746 verordnet, daß der Vertragserbe sich keine Verfügungen auf den Todesfall, wodurch der Erbvertrag zu seinem Nachtheile verändert wird, gefallen zu lassen brauche.

Präjudiz 1.

1) Zur Entscheidung der gegenwärtigen Sache ist vor allen Dingen eine Erörterung darüber nothwendig, ob, nachdem die Kretschmar'sche Ehefrau verstorben war, deren überlebender Ehemann zu Gunsten Eines der in der letztwilligen

Verfügung substituirten Erben durch Verfügungen unter Lebenden über sein Vermögen noch disponiren durfte.

Alles wird zunächst darauf ankommen, unter welchen Begriff das dem ganzen Erbschaftsstreite zum Grunde liegende Rechtsgeschäft zu bringen, ob dasselbe als eigentliches Testament, oder aber als Erbvertrag zu betrachten sei. Die Entscheidung dieser Frage ist aus der über das Geschäft sprechenden Urkunde herzunehmen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Th. 38. S. 244.

Diese nennt sich selbst Testament, resp. Erbvertrag. Allein es muß dabei gleich erwogen werden, daß es am Schlusse heißt: „dieses testamentum reciprocum, welches als förmlicher Erbvertrag gelten, mithin nicht einseitig von Seiten des einen Ehegatten, sondern nur allein durch unsere beiderseitige Uebereinkunft abgeändert werden kann etc.", und hieraus folgt, daß die Disponenten ein sofort, ohne Weiteres, bindendes Geschäft, also einen Vertrag beabsichtigt und vollzogen haben. Sonach kommt denn auf die beiden, sonst wichtig werdenden Punkte, ob das Testament nach dem Tode der Ehefrau Kretschmar deren Manne publicirt sei, und ob derselbe die Erbschaft angetreten habe, weiter nichts an; es darf vielmehr die in dieser Beziehung in den Acten noch herrschende Dunkelheit unaufgeklärt bleiben; so wie es nun auch gleichgiltig ist, zu welcher Zeit die in Frage stehenden Schenkungen gemacht seien, ob vor oder nach der Kretschmar Tode, indem die Parteien wenigstens darüber einverstanden scheinen, daß sämmtliche Schenkungen aus der Zeit nach Errichtung des Erbvertrags sich herschreiben.

Ferner fragt sich: wohin ging die Absicht der Paciscirenden hinsichtlich der Dispositionsbefugnisse des Ueberlebenden? Hierüber ist folgendes Thatsächliche zu berücksichtigen: Beide Eheleute hatten nahe Verwandte. Sie werden erwogen haben, daß, wenn sie ohne Testament verstürben, dann die Verwandten des zuerst Sterbenden, weil dessen Ehegatte der nächste Intestaterbe war, leer ausgehen müßten. Um dieses Ergebniß zu vermeiden, wurde die Disposition errichtet, und darin die beiderseitigen Verwandten gleichgestellt, mit der Ausnahme, daß die jetzige Klägerin aus besonderen, nicht angegebenen, Gründen ein Prälegat von 3000 Thlr. erhalten sollte. Durch solche Verfügung wurden zwar die Contrahenten, namentlich auch der Ueberlebende, in den Dispositionsbefugnissen bei ihren Lebzeiten im Allgemeinen nicht beschränkt, allein doch so viel vertragsmäßig festgestellt, daß einzelne Nacherben gegen die übrigen nicht mehr, als bereits geschehen war, begünstigt werden sollten. Anders ist die ausdrückliche Verfügung in §. 4 des Erbvertrags: „daß das Vermögen des Ueberlebenden die acht beiderseitigen Verwandten zu völlig gleichen Theilen erhalten und ererben sollten", nicht wohl zu verstehen. Indessen ist dabei noch zu erwägen, ob nicht durch den jener Verfügung einverleibten Satz: „Das Vermögen, welches der Längstlebende von uns Ehegatten hinterlassen wird," dem Ueberlebenden wieder eine willkürliche Disposition, außer auf den Todesfall, gestattet sei. Könnte man nämlich hierin in Beziehung zu den Nacherben lediglich ein fideicommissum ejus, quod supererit, finden, so würde allerdings angenommen werden müssen, daß der Längstlebende inter vivos disponiren dürfte, und daß die vorher herausgehobene Verabredung der Gleichheit der Erbtheile ihn nicht gehindert hätte, auch zum Besten einzelner Nacherben wenigstens über drei Viertheile des Vermögens

Nov. 108. cap. 1.

unter Lebenden zu verfügen.

Allein allgemeinen Auslegungsregeln gemäß, müssen mehrerlei Verfügungen derselben Disposition so erklärt werden, daß sie möglichst neben einander bestehen können. Wollte man aber jenem Zusatze die angegebene Deutung geben, so würde die beabsichtigte Gleichstellung der Nacherben ganz elidirt werden können. Diese würden nämlich von dem ihnen übrigbleibenden Viertheile die ausgesetzten Prälegate zu 3000 Thlr. bezahlen müssen, und endlich unter sich einen dem ungefähren Betrage des Vermögens nach nur unbedeutenden Rest zu vertheilen haben. Die beabsichtigte Gleichheit der beiderseitigen Verwandten in ihren erbschaftlichen Rechten würde folglich wieder völlig in die Willkür des Ueberlebenden gestellt sein; ein Resultat, welches der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten vollständig widerstreiten würde; besonders wenn man den gleichmöglichen Fall supponirt, daß die Ehefrau des Ueberlebenden gewesen wäre, welche dann den Verwandten ihres Ehemannes, dem das ganze Vermögen gehörte, die Erbschaft zu Gunsten ihrer Verwandten, bis auf einen unbedeutenden Theil hätte entziehen können. Es bleibt daher nur übrig, die Disposition des §. 4 in Verbindung mit dem ganzen übrigen Inhalte des Vertrages so auszulegen, daß der Ueberlebende zwar übrigens freie Disposition unter Lebenden haben solle, jedoch durch solche Dispositionen einzelne Nacherben zum Nachtheile der übrigen nicht bevorzugen dürfe.

Hiernach muß also jede Handlung des Ueberlebenden, wodurch Einer der Nacherben vor seinen Miterben aus einer Liberalität begünstigt würde, ohne Weiteres als dem Vertragsrechte entgegen, in fraudem fideicommissi, folglich als nichtig erscheinen.

L. 1. §. 2 D. de doli except. 44, 4.

2) Was ferner die Frage anlangt, ob nach geschlossenem Erbvertrage ein Paciscent Schenkungen machen dürfe, so kann man nach den Entwickelungen, welche

Marezoll in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Th. 1. Abh. 1.

v. Meyerfeld, von den Schenkungen Th. 1. §. 19. S. 368.

über die Natur der remuneratorischen Schenkung gegeben haben, nicht zweifelhaft darüber sein, daß eine wirkliche remuneratorische Schenkung, d. h. eine solche, welche nicht zur Vergeltung, Erfüllung einer entsprechenden, wenn auch nur natürlichen, aber doch genau nach Gelde zu veranschlagenden, Verbindlichkeit, sondern nur auf Veranlassung erwiesener Dienste oder Gefälligkeiten gemacht wird, nach den über Schenkungen im Allgemeinen geltenden gesetzlichen Bestimmungen beurtheilt werden müsse, folglich auch der Insinuation behuf ihrer Giltigkeit bedürfe.

Marezoll, l. c. §. 6. S. 30.

v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. S. 86.

Dergleichen Schenkungen im Allgemeinen, und auch der Klägerin, zu machen, blieb aber der Kretschmar auch in Gemäßheit des Erbvertrags befugt: da dieser ihm nicht hinderlich sein durfte, ihm persönlich geleistete Dienste, durch welche er sich zur Dankbarkeit verpflichtet und veranlaßt halten mußte, auch Einem der Nacherben zu belohnen, vorausgesetzt, daß dabei ein vernünftiges Maaß nicht überschritten wurde etc.

Ferner ist hierbei noch zu erörtern, ob zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen als eine einzige betrachtet, und behuf Beurtheilung der Nothwendigkeit der Insinuationen zusammengerechnet werden müssen. Ueber diese Frage gibt indessen das Gesetz

L. 34. §. 3 C. de donat. 8, 54.

klares Maaß, und sollen danach dergleichen Schenkungen als verschiedene angesehen und beurtheilt werden.

Marezoll, l. c. S. 17 f.

Thibaut, System §. 562

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 12. Febr. 1839, in S. Kretschmar'scher Testaments-Executor c. Raymund.

Bestätigt durch Bescheid des OAG. v. 1. Nov. 1839.

Präjudiz 2.

In einem Processe in Sachen Hoffmann c. Streuber handelte es sich um die Entscheidung der Frage:

> ob der Goldarbeiter Hoffmann durch das mit seiner Ehefrau errichtete wechselseitige Testament rücksichtlich der Disposition über sein eigenthümliches Vermögen in dem Maaße beschränkt worden, daß er, nach dem Absterben der Mittestatrizin und Antretung der ihm in solchem Testamente zugesicherten Erbschaft deren Nachlasses, auch jenes nach dessen derzeitigem Bestande den gemeinschaftlich ernannten Erben unverkürzt zu hinterlassen verpflichtet, und die Befugniß, darüber auch nur noch unter Lebenden zu verfügen, ihm entzogen gewesen sei?

Das OAG. zu Wolfenbüttel sprach sich in dem Bescheid vom 3. Januar 1832 hierüber folgendermaßen aus, nachdem bemerkt war, daß die Appellanten Hoffmann einen in dem Testamente enthaltenen Erbvertrag, vermöge der darin

zwar nicht ausgesprochenen, doch beiderseitigen Testatoren beigelegten und in dem gegenseitigen Vertrauen auf redliche Erfüllung der in dem Testamente enthaltenen Bestimmungen begründeten Absicht, angenammen hätten:

. . . und da ein solcher Erbvertrag in einem Testamente, als einem Institute des römischen Rechts, das daher nach dessen Grundlagen beurtheilt werden muß, nach welchen universelle Erbverträge unzuläßig sind, wenn auch die Anwendung des deutschen Rechts neben dem römischen, die Eingehung desselben in einem wechselseitigen Testamente gestatten muß, doch um so mehr in demselben bestimmt und klar enthalten sein müßte, nicht aber aus entfernten Vermuthungen und Voraussetzungen entlehnt und hineingelegt werden darf, mithin, da das Testament über einen Erbvertrag nichts besagt, die Vorschriften des röm. Rechts von Testamenten, Fideicommissen und Erbrechten allein zur Anwendung kommen;

überdem auch Erbverträge, insbesondeee die zu Gunsten eines Dritten errichteten, die Paciscenten nur allein in Rücksicht der Verfügungen auf den Todesfall, nicht aber zugleich unter Lebenden, auch nicht wegen Veräußerung unbeweglicher Güter, insofern salche nicht in ein Uebermaaß zur Vernichtung des zugesicherten Erbrechts ausarten, oder die Unveräußerlichkeit im Vertrage ausdrücklich bedungen worden, beschränken; also selbst die Annahme eines Erbvertrages dem Hausverkaufe nicht entgegenstehen und die auf dessen Annullirung gerichtete Klage nicht begründen würde:

so wird x. abgeschlagen.

Vergl. auch Abth. 4. Notherbenrecht B. Präj. 1 zu Contr. 14. S. 16.

VI.

Streitig ist, ob ein Erbvertrag über einzelne Sachen gilt.

Einige meinen, ein Erbvertrag über einzelne Sachen sei unzuläßig, weil der Begriff einer Universalsuccession von dem Erbvertrage unzertrennlich sei, ausgenommen in den Fällen, wo sich, z. B. bei Familienfideicommissen, noch ein Erbrecht an einzelnen Sachen erhalten habe. Außerdem sei die Vergabung einzelner Sachen von Todeswegen als eine donatio mortis causa zu betrachten.

Beseler, Erbverträge II. S. 216.
v. Langenn u. Kori, Erörterungen Th. 2. Nr. 25.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 39.
Mittermaier, d. P.-R. §. 403.

Andere meinen, wenn auch nach römischem Recht ein Erbvertrag über einzelne Sachen ungiltig sei,

Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 370.

so sei nach deutschem Rechte die Giltigkeit eines Erbvertrags über einzelne Sachen nicht zu bezweifeln,

Mittermaier, d. P.-R. S. 506 u. 511.
Gerber, d. P.-R. §. 259.

und werde das Recht des Vertragserben auf die Sache mit dem Tode des Erblassers dergestalt wirksam, daß er sie sogar gegen einen Dritten vindiciren könne,

Eichhorn, d. P.-R. §. 344.
Stryk, de success. ab intest. diss. 8. c. 7. §. 30. 31. 49.

und nur in Ansehung unbeweglicher Sachen sei die Einschränkung, daß nach den Landesgesetzen nicht etwa eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung des Rechts erforderlich sei.

Eichhorn, d. P.-R. §. 344.

VII.

Streitig ist, ob Vermächtnisse mittelst Erbvertrags errichtet werden können.

Einige meinen, der Vertragserbe sei unbedingt verbunden, die Legate, die ihm auferlegt sind, zu entrichten*).

Mittermaier, d. P.-R. §. 454.
Gerber, d. P.-R. §. 259.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 41.
Buchka, v. d. Stellvertretung (1852) S. 195.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 198.

Andere geben dies nur zu, wenn Dritte, als Singularsuccessoren, am Erbvertrage Theil genommen haben, oder wenn derselbe in einer auch für letztwillige Verfügungen giltigen Form, z. B. gerichtlich, oder vor 5 Zeugen, errichtet sei.

Eichhorn, d. P.-R. §. 343.

Andere meinen, daß durch Verträge einem nicht mit paciscirenden Dritten, in der Regel, kein Recht erworben werde, und daß auch das deutsche Recht nicht allgemein Verträge zu Gunsten Dritter als giltig anerkenne.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 68.
Beseler, Erbverträge II. S. 232.

Andere meinen, solche Anordnungen gewähren zwar dem nicht beigezogenen Dritten kein unwiderrufliches Recht, behielten vielmehr nur den Charakter einseitiger letztwilliger Verfügungen; blieben sie aber unwiderrufen, so könne der Dritte eben so gut auf die Erfüllung der zu seinen Gunsten dem Vertragserben gemachten Auflage — wenn dieser nur wirklich Erbe geworden sei — klagen, wie aus einem Fideicommisse oder einer donatio sub modo.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 894.

*) Denn das Recht der Vermächtnißnehmer beruhe auf der Befugniß des Erblassers, den Erben mit Vermächtnissen zu belasten; ein Recht, welches heut zu Tage nicht an die Form der testamentarischen Einsetzung gebunden sein könne. Die Legatare hätten übrigens gegen die Erben dieselben Klagen, als wenn ihr Recht im Testamente begründet wäre.

Präjudiz 1.

In dem Erbvertrage, welchen die Beklagte im Jahre 1834 mit ihrem verstorbenen Ehemanne errichtet hatte, war außer der gegenseitigen Erbeinsetzung der Contrahenten ein Vermächtniß von 1000 Fl. zu Gunsten des Klägers, für den Fall Vorabsterbens des Mannes, angeordnet worden. Als nach Eintreten dieses Falles der Legatar auf Entrichtung des Vermächtnisses klagte, machte Beklagte den Einwand, sie besitze den Nachlaß ihres Mannes nur als dessen (particular-) gesetzliche Leibzüchterin, welches Leibzuchtsrecht ihr durch den Erbvertrag nicht entzogen worden sei. Es wurde jedoch dieser Einwand oberstrichterlich für unerheblich erachtet. Die Motive sagen unter Anderem:

Im Vorbringen der Beklagten liegt die unzweideutige Erklärung, deßhalb nicht Erbin ihres Mannes sein zu wollen, weil ihr die gesetzliche Leibzucht vortheilhafter als die Erbschaft sammt dem Legate dünke. Indessen kann der überlebende Ehegatte von einem Erbvertrage nicht abgehen, und statt des ihm darin zugewandten Vortheils die statutarische Portion, worin diese immerhin bestehen mag, in Anspruch nehmen. Denn es ist

a) deutscher, in vielen Particulargesetzgebungen ausdrücklich anerkannter Rechtssatz, daß nur dann, wenn keine Pacta und Gedinge unter den Ehegatten für den Todesfall abgeschlossen sind, die statutarischen Vortheile eintreten sollen.

Beseler, Lehre von den Erbverträgen Bd. 2b. S. 146.
Pufendorf, obs. Tom. 4. obs. 53:

Et plane statuta omnia et doctores in eo consentiunt, successionem conjugum statutariam in iis tantum matrimoniis procedere, quae „unbedingte" dicuntur, in quibus pactiones nullae intercesserint.

Mevius, decis. P. IX. 60.

Dieser Grundsatz ist auch in dem im Herzogthume recipirten 28sten Titel der Solmsischen Landesordnung ausdrücklich anerkannt, und wenn man gleich dabei voraussetzen muß, daß der Satz nur dann gelte, wenn die gesetzlichen Vortheile und die Bestimmungen des Erbvertrags unvereinbar seien, so liegt diese Voraussetzung gerade hier vor, wo es unmöglich ist, daß die Beklagte zugleich Erbin, also Eigenthümerin des Nachlasses ihres Mannes und auch Leibzüchterin desselben sein kann,

Mittermaier, d. P.-R. Bd. 2. §. 443.

in dem vorliegenden Erbvertrage also nothwendig auch ein Verzicht auf die Leibzucht liegt. Ueberdem ist es

b) auch schon gemeines Recht, daß der Intestaterbe die Erbschaft aus dem Testamente zu dem Zwecke nicht ausschlagen darf, um Legate nicht zu bezahlen, er vielmehr deren Zahlung sich in dieser Weise nicht entziehen kann,

tr. 1 pr. §. 1. fr. 12. §. 1. tr. 18. §. 1 si quis omissa 29, 4.

und dieser Grundsatz um so mehr auf die vertragsmäßige Einsetzung und die Statutarportion der Ehegatten anzuwenden ist, weil der vertragsmäßige Erbe in die Veränderung seiner gesetzlichen Rechte selbst eingewilligt hat,

Beseler, Erbverträge Bd. 2 a. S. 276.

und der verstorbene Ehegatte durch den Vertrag, andere Dispositionen zum Besten des Legatars zu unterlassen, bewogen worden sein könnte.

Entscheidung vom 29. Oct. 1851, in S. Nutzs w. Nutzs Wittwe.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 201.

Präjudiz 2.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde geäußert:

Obwohl auch nach germanischem Rechte ein Dritter in der Regel aus einem zwischen Anderen abgeschlossenen Vertrage keine Rechte ableiten kann, und es namentlich für unstatthaft erachtet werden müßte, wenn in einem Erbvertrage ein Dritter zum heres directus ernannt werden sollte,

Eichhorn, Einl. in das deutsche Priv.-R. §. 343. Nr. 4.

so wird das doch für eine völlig zulässige und rechtsgiltige Verfügung erachtet, wenn der Erblasser den Vertragserben im Erbvertrage mit Vermächtnissen zu Gunsten Dritter beschwert, oder ihm die Restitution des ganzen oder eines Theils des Nachlasses an einen Dritten auferlegt; und bezeichnet man solche Dispositionen, woran der honorirte Dritte keinen Theil zu nehmen braucht, woraus er dann aber auch nicht sofort ein festes Recht, was ihm der Erblasser nicht wieder einseitig entziehen könnte, erhält, sogar mit einem eigenen Kunstnamen, dem der conventionellen Fideicommisse.

Harpprecht, de fideic. convent. thes. 15—18. 31. dissert. academ. Vol. 2. diss. 52. p. 186—91. 202—4.

Stryk, de success. ab int. diss. 8. cap. 9. §. 4. §. sq.

J. H. Böhmer, exerc. ad Pand. Tom. 2. exerc. 31. cap. 1. §. 1—6. cap. 2. §. 10 (p. 403 seq. 439).

Hüboer, disput. jur. civ. p. 147.

Zachariae, lib. quaest. p. 124.

Eichhorn, a. a. O.

Mittermaier, d. P.-R. §. 403. (§. 454. XVIII.)

Dieses liegt denn auch im praktischen Bedürfnisse, indem der Erblasser doch, nicht mit jedem, dem er nach seinem Tode etwas von seinem Vermögen zuwenden möchte, einen besondern Erbvertrag abschließen, oder ihn am Hauptvertrage participiren lassen kann; und es ist das namentlich in gemischten Dotalverträgen und bei Verträgen mit dem Anerben so sehr gebräuchlich, daß man es, wo überhaupt Erbverträge gelten, unbedenklich als etwas ansehen kann, welches ein allgemeines deutsches Herkommen für sich hat. Auch dürfte in einer solchen Auflage an den Vertragserben ein fideicommissum heredi praesenti iojunctom, zu dessen Giltigkeit weiter nichts als die Auflage an den persönlich anwesenden Erben erfordert wird,

C. ult. de fideic. 6, 42.

§. 12 tost. de fideic. hered. 2. 23.

zu finden, und hiernach dieselbe schon zufolge des römischen Rechts ohne sofortige Annahme des Honorirtrn, für giltig zu erachten sein; wie denn dafür auch noch die Analogie der donatio sob modo spricht,

C. 3 de donat. quae sob modo 8, 55.

wo es ebenfalls nicht zum Rechtsbestande des modus gehört, daß der Honorirte ihn sofort annehme, weil er hier nur utiliter das Versprechen geltend macht, welches zu seinen Gunsten der Schenker sich hat leisten lassen und für ihn angenommen hat.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31. Oct. 1825, in S. Bäckmann u. C. w. Lampe.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 68.

Präjudiz 3.

Bei Vermächtnissen, welche erst nach dem Tode des damit belasteten Erben auszukehren sind, müssen die Legatare den Tod des Erben erleben; die vorher gestorbenen Legatare, selbst wenn es bestimmte benannte Personen waren, übertragen den Anspruch auf das Vermächtniß, welchen sie gar nicht erworben haben, nicht auf ihre Successoren.

tr. 4 quaodo dies 36, 2.

fr. 1. § 2. fr. 79. § 1 de condit. et demonstr. 5, 1. fr. 12. §. 1 de legatis tl. (31.)

Umsomehr können also, wenn ungewisse Personen, wie die dereinstigen nächsten Erben des Erblassers, zu dem Vermächtniß berufen sind, nur diejenigen Verwandtrn desselben das Vermächtniß erwerben, welche beim Tode des onerirten Erben noch vorhanden sind, und die nächsten Erben des Erblassers sein würden; dagegen können früher verstorbene Verwandte und deren Successoren nicht in Betracht kommen, wenn sie auch zu irgend einem frühern Zeitpunkt die nächsten gewesen wären, oder wenigstens gleiches Erbrecht mit andern gehabt hätten.

Diese allerdings nur für die in einseitigen letzten Willensordnungen enthaltenen Vermächtnisse ausgesprochenen Grundsätze sind unbedenklich auch auf vertrogsmäßig angeordnete Vermächtnisse anzuwenden, wenn der Vertrag nicht mit dem Legatar selbst geschlossen worden, sondern die Anordnung in einem Erbvertrage mit einem Dritten geschehen ist, indem alsdann die Anordnung im Verhältniß zum Legatar ebenfalls nur als eine einseitige Verfügung, woraus er unmittelbar keine Rechte erlangt, gelten kann.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 1. Sept. 1856.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 261.

VIII.

Streitig ist, ob in dem mit einem Dritten errichteten Erbvertrage eine Enterbung giltig geschehen könne.

Einige bejahen dies.

Mayer lo dissert. ao et quatenos prioe. jur. Rom. de success. oecessaria ad pacta success. applicari possuot §. 18.

Andere meinen, die Enterbung eines dritten Notherben könne in einem Erbvertrage nicht geschehen, weil zu solcher Benachtheiligung eines Dritten, für welche die Gesetze eine bestimmte Form vorschrieben, die Paciscenten durch die Giltigkeit des Erbvertrags in Bezug auf ihre eigenen Verhältnisse nicht berechtigt seien,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 98.
Mittermaier, d. P.-R. §. 454.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 42.
Gerber, d. P.-R. §. 258.

wogegen die Zuwendung des Pflichttheils in einem solchen Vertrage statthaft sei.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 893.

Präjudiz 1.

In einem zwischen zwei Verlobten abgeschlossenen Erbvertrage war die Regel:

„Längst Leib, längst Gut“, jedoch mit der Beschränkung festgesetzt, daß, wenn die künftige Ehefrau vor ihren noch lebenden Eltern versterben sollte, diese von dem Vermögen ihrer Tochter den gesetzlichen Pflichttheil erhalten sollten. Nach inzwischen erfolgter Ehe trat dieser Fall ein. Die Eltern fochtrn nunmehr unter Berufung auf das **formelle** Notherbenrecht

jenen Erbvertrag als nichtig an, wurden aber mit ihrer Klage abgewiesen. Namentlich sprach das OAG. zu Celle, in Uebereinstimmung mit der in neuerer Zeit wiederholt zur Geltung gebrachten Ansicht, aus:

Die Rechte etwaiger Notherben sind für die unter dritten Personen abgeschlossenen Erbverträge nur insofern von Bedeutung, als dieselben durch letztere nicht beseitigt oder geschmälert werden können. Jene Rechte bestehen nun, außer dem Pflichttheilsanspruche, eben nur darin, für den Fall der Errichtung eines Testaments entweder zu Erben eingesetzt, oder aus einem gesetzlichen Grunde enterbt zu werden. Einem Erbvertrage geht indessen die Natur eines Testaments insofern vollständig ab, als derselbe — abgesehen von den contractlich dem Mitcontrahenten zu Gunsten Dritter gemachten Auflagen und Beschränkungen — überall nicht die Bestimmung hat, an dem Vertrage nicht betheiligte Personen direct zu Erben einzusetzen oder zu enterben.

Erk. des OAG. Celle vom 3. Juli 1855, in S. Dohrmann c. Lampe, wegen Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 321.

IX.

Streitig ist, welche Folgen es habe, wenn in einem Erbvertrage Rechte der Notherben verletzt sind.

Einige meinen, daß durch die Vernachlässigung des Notherben das Geschäft selbst nie umgeworfen, sondern dem Verletzten nur eine Klage auf den Pflichttheil gegeben werde. Denn die Vorschriften des römischen Rechts über die Art, wie der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, und über die Folgen der Präterition und ungerechten Exheredation, seien durchaus singuläre Bestimmungen, welche man auf Verträge nicht übertragen dürfe; bei Verträgen bilde vielmehr die Analogie der inofficiosa donatio eine richtigere Grundlage, und deshalb sei das Recht des Notherben nur auf Anfechtung zur Supplirung oder Gewährung des Pflichttheils zu beschränken.

Hommel, Rhapsod. obs. 203.
Eichhorn, d. P.-R. §. 343.
Glück, Pand. Bd. 25. S. 389.
Maurenbrecher, Lehrb. §. 362. Not. v.
Mittermaier, d. P.-R. §. 454.
Weishaar, Handb. des würtemb. P.-R. Bd. 2. §. 844.
Brinkmann, wissenschaftl.-prakt. Rechtskunde Bd. 1. S. 79.
Kreitmayr, Anmerk. zum baier. Gesetzb. Th. 3. Cap. 11. §. 1. Nr. 6.

Diese Ansicht ist im österreichischen Gesetzbuche §. 1254, im Cod. Max. Bavar. T. III. cap. 11. §. 1. Nro. 6. 7 u. 13 und im preußischen Landrechte Th. 2. Tit. 2. §. 481 aufgenommen.

Vergl. auch Linde, diss. obs. quaedam de success. Germanica, inprimis pactitia §. 9 (1820).

Andere meinen, Testament und Erbvertrag müßten gleich beurtheilt werden, denn bei beiden Geschäften handle es sich von der Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge durch eine willkürliche Handlung, und für den Erfolg müsse es gleichgiltig sein, ob die Verletzung des Notherben durch eine einseitige Willenserklärung oder durch einen Vertrag geschehen sei. Wenn einmal das Recht der Notherben gesetzlich feststehe, so müsse die Verletzung desselben immer die gleiche Wirkung haben, möge die Verletzung durch Testament oder Erbvertrag geschehen sein. Es sei nach Justinian's Verordnungen nicht genug, daß die Kinder den Pflichttheil der Quantität nach bekommen, sie müßten ihn auch in der gehörigen Qualität, d. h. titulo universali, als Erbtheil erhalten, und könnten außerdem verlangen, daß die ihnen nachtheilige Disposition rescindirt und ihnen die Erbschaft als Intestaterben zuerkannt werde. Die Analogie der inofficiosa donatio passe nicht, weil durch sie nicht die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen werde, dagegen der Erbvertrag, wenn er ein universeller sei, titulum successionis universalis gebe.

Carpzov, jurispr. for. T. III. c. 1. def. 8.
Stryk, tract. de success. ab int. diss. 8. c. 5. §. 42.
Pufendorf, obs. jur. II. 173. §. 2. III. 23. §. 3.
Hebenstreit, vindiciae veri valoris pact. success. c. 5. §. 60. Nro. 2.
Struben, rechtl. Bed. Bd. 5. Nr. 125 a. E.
Böhmer, auserlef. Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 88.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 83 f. Bd. 38. S. 59 f.
Beseler, Erbvertr. Bd. 2. §. 11. S. 295 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 890.

Präjudiz 1.

Wenn in einer Eheberedung auf den Fall kinderlosen Absterbens gegenseitige Beerbung der Eheleute ausgemacht worden, ohne dabei auf das Notherbenrecht etwa überlebender Ascendenten Rücksicht zu nehmen, so steht diesen bei Eintreten des gedachten Falls, wenn sie jener Eheberedung nicht zugestimmt, die Anfechtung derselben wegen Präterition in gleicher Weise zu, wie wegen Präterition in einem Testamente geschehen kann.

Erk. des OAG. zu Celle vom 12. April 1820.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 89.

Präjudiz 2.

In den Entscheidungsgründen eines Oldenburger OAGErk. kommt vor:

Daß der deutsche Erbvertrag überhaupt nicht außer dem Bereiche des römischen Notherbenrechts steht, darüber sind alle Juristen einig. Beseler in der Lehre von den Erbverträgen Bd. 2 s. S. 294 äußert:

„Der Grundsatz, daß gewisse Verwandte bei der gewillkürten Beerbung berücksichtigt werden sollen, ist bei uns recipirt, würde aber fast ganz haltlos sein, wenn man ihn bloß auf die testamentarische Erbfolge beschränkte, und nicht auch auf die vertragsmäßige ausdehnen wollte. Diese Anwendung römischer Rechtssätze auf ein nicht römisches Institut findet ihre volle Rechtfertigung in der Beschaffenheit des jetzt geltenden gemeinen Rechts, welches man sich nicht in zwei Felder getheilt denken darf, von denen auf dem einen das römische, auf dem andern das deutsche unbeschränkt herrscht. Eine vollständige Abgrenzung ist nicht möglich und auch nicht heilsam; man muß zwar das Eigenthümliche der einzelnen Theile anerkennen und festhalten; aber auch nur durch die organische Verbindung derselben kann jetzt eine deutsche Jurisprudenz gewonnen werden."

Bei wechselseitigen Erbeinsetzungsverträgen in Ehestiftungen unter Ehegatten treten aber besondere Rücksichten ein, insofern darin zugleich das ganze Güterrecht der Ehegatten in deutscher Art geordnet wird, worin die Beerbung nur als eine Folge oder als ein integrirender Theil der ganzen Einrichtung anzusehen ist, also eine Gütergemeinschaft im weiteren Sinne (Gütervereinigung) beliebt wird, die auch das Erbrecht mehr oder weniger beherrscht*). Dies wird leichter unter solchen Personen anzunehmen sein, die gesetzlich unter einem deutschen ehelichen Güterrecht leben, wenn sie solches in der Ehestiftung auf zulässige Weise modificiren, als bei Personen, die gesetzlich in getrennten Gütern leben, in deren Ehestiftungen ein Erbeinsetzungsvertrag mehr als ein isolirtes, in die Reihe der reinen Erbverträge tretendes Geschäft erscheint, was bloß darum,

*) Beseler, a. a. O. II. 6. S. 122.

weil es in der Form einer Ehestiftung vorkommt, keine besondere Natur annimmt; wiewohl auch solchen Personen die Befugniß, vertragsmäßig ein deutsches Gütergemeinschaftsverhältniß mit seinen Folgen auf den Todesfall festzustellen, nicht abzusprechen ist. Auch bei einer Gütervereinigung in der Ehe ist zwar, wenn man die Ehegatten nicht als eine juristische Person, sondern als zwei Rechtssubjecte ansieht, die Succession des einen auf den Todesfall des andern eine Beerbung, aber eine solche, die als Folge des schon während der Ehe bestandenen Verhältnisses, der gegenseitigen Besitz- und Genußübertragung angesehen wird*); woraus sich denn das Consolidationsprincip gebildet hat, dessen praktisch gewordene Folgen anzuerkennen sind, wenn es auch als Princip juristisch nicht stichhaltig befunden wird**). Damit soll nun nicht gesagt sein, daß ein solcher Erbvertrag ganz außer dem Bereiche des Notherbenrechts stehe. Auch das deutsche Recht läßt keine ganz rücksichtslose Ausschließung der Notherben, namentlich der Kinder zu, wohl aber eine Zurückstellung ihres Erbrechts gegen das des Ehegatten, ihres leiblichen Erzeugers, in dem Vertrauen, daß dieser von den ihm gegebenen Rechten keinen Mißbrauch machen werde, und den Kindern in der natürlichen Liebe des überlebenden Parens ihre Erbansprüche an dem während der Ehe vereinten, auf den letzteren in seiner Gesammtheit übergegangenen Vermögen auf dessen Todesfall gesichert bleiben***). Wenn nun ein solches Rechtsverhältniß in einem Lande oder in einem Districte eines Landes statutarisch oder herkömmlich besteht, und wenn die Befugniß anerkannt wird, ein solches, wie es irgendwo im Lande besteht, anderswo autonomisch zu begründen: so werden auch Combinationen und Modificationen aus verschiedenen deutsch-rechtlichen Gütergemeinschafts-Instituten oder Systemen zulässig sein, sofern sie nur die allen gesteckten Grenzen, namentlich in Beziehung auf das eventuelle Recht der Kinder nicht überschreiten.

In dem concreten Falle war in der Ehestiftung verabredet worden: „daß der Längstlebende der Ehegatten des zuerststerbenden Theils einziger, wahrer und völliger Erbe sein, und alle nachzulassenden Güter, sie seien beweglich oder unbeweglich, und bestehen worin sie wollen, als sein wirkliches, wahres Eigenthum, damit nach seinem Gefallen zu schalten, haben und behalten soll, *es mögen aus dieser jetzigen Ehe Kinder erfolgen oder nicht.*" In Erörterung der Rechtsbeständigkeit dieser Verabredung sagen die Motive des erwähnten OAGErk. unter Anderem: „Wenn man daraus folgern wollte, daß ihm (dem Ueberlebenden) auch freigestellt sei, das Sammtgut den Kindern aus den Händen zu bringen, ja sie auch nur zu Gunsten eines Fremden auf den Pflichttheil zu beschränken: so möchte das recht bedenklich und dem Wesen des deutschen, zwischen dem überlebenden Parens und den Kindern fortbestehenden Güterverhältnisses entgegen sein, worin jenem zwar vertrauensvoll viel Freiheit gegeben ist, die sich aber doch immer nur in der Familie äußern soll, und wobei sich die Kinder in der Regel viel besser befinden, als im getrennten Güterrechte. In so ausgedehntem Sinne ist aber auch das Vereinbarte nach der Absicht der Contrahenten gewiß nicht zu nehmen. Das in der Ehe vereinigte Vermögen beider Ehegatten soll, auch nach dem Tode eines von beiden, vereint bleiben, unter der freien Verfügungsgewalt des Ueberlebenden, vor welcher das Erbrecht der Kinder zwar zurücktritt, aber dadurch nicht aufgehoben wird: diese behalten certam spem succedendi in den Gesammtnachlaß, und der überlebende Parens kann die Succession *unter ihnen* so reguliren, wie die Gesetze ihm und dem Erstverstorbenen gestatten. Es liegt hier, wie wir es sonst in deutschen Familienverhältnissen finden, ein Vertrauensverhältniß vor, was nicht durch strenge Rechtsunterscheidungen zerstört werden soll. Namentlich ist das Recht des Erstversterbenden, unter seinen Kindern den Grunderben der von ihm herrührenden geschlossenen Stelle zu wählen, und darin dem juri statutario zu derogiren, auf den überlebenden Parens, auch die Mutter übertragen, und, was freilich nach römischem Rechte nicht zulässig sein würde, in dessen arbitrium gestellt."

Da im gegebenen Falle die überlebende Mutter von dem ihr in der Ehestiftung gegebenen Rechte keinen weiteren Gebrauch gemacht hatte, als den eben bemerkten, so wurde ihre Verfügung aufrecht erhalten.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 90.

Präjudiz 3.

Die Erbverträge gehören dem deutschen Rechte an, in welchem ursprünglich keine Pflicht zur Berücksichtigung der Notherben bestand. Erst durch Einführung des römischen Rechts ist die Freiheit, durch Erbvertrag über das Vermögen nach Gutfinden zu verfügen, in der Weise beschränkt worden, daß der *Pflichttheil nicht entzogen werden dürfe.* Es ist nicht anzunehmen, daß über den beabsichtigten Zweck hinaus auch die Formen der Berücksichtigung der Notherben auf die Erbverträge Anwendung finden. Es ist sogar unmöglich, die Bestimmungen des römischen Rechts über die Formen der Berücksichtigung, resp. Ausschließung der Notherben, auf Erbverträge anzuwenden, weil jene sich auf Testamente, also einseitige, letztwillige Dispositionen beziehen, während durch Erbverträge sofort unwiderrufliche Rechte begründet werden sollen, eine Anwendung jener Bestimmungen auf dieselben daher ihrem innersten Wesen widersprechen würde. Dagegen sind die Grundsätze über die donatio inofficiosa ganz geeignet, hier eine analoge Anwendung zu finden, zumal da auch der Satz feststeht, daß der anfechtbare Theil eines Rechtsgeschäfts auf den übrigen, für sich selbständig bestehenden Inhalt desselben einen zerstörenden Einfluß zu äußern nicht im Stande ist. Auch bei den Gutsanschlags-Contracten, welche ebenfalls wegen der darin liegenden Begründung einer anticipirten Erbfolge zur Kategorie der Erbverträge gehören, sind die deutschen Gerichte stets von der Ansicht ausgegangen, daß der verletzte Pflichttheilsberechtigte nicht auf *gänzliche Aufhebung des Contracts, sondern nur auf Ergänzung seines Pflichttheils* klagen könne.

Als zwei im Jahre 1834 durch Errichtung eines Handelsgeschäftes aus der väterlichen Gewalt getretene Söhne im Jahre 1840 ihren Vater als gesetzliche Erben ihrer Mutter auf Herausgabe des gesammten mütterlichen Vermögens verklagten, und dieser nach Maßgabe der Ehepacten alleiniger Vertragserbe seiner verstorbenen Frau geworden zu sein behauptete, wurde Beklagter für schuldig erachtet, den Klägern den Pflichttheil, also ¹/₃ desjenigen, was ihnen ab intestato zugefallen wäre, herauszugeben. Obige Sätze werden als Motive dieser Entscheidung mitgetheilt.

Erk. des OAG. zu *Darmstadt* vom 5. Januar 1842 zu Nr. 389.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 138.

Präjudiz 4.

Die Vorschriften der Nov. 115, welche eine Erbeinsetzung oder genügende Enterbung des Notherben verlangen, finden auf das deutsch-rechtliche Institut der Erbverträge keine Anwendung. Dem Notherben, der durch den Erbvertrag im Pflichttheil verletzt ist, steht mithin nur ein Anspruch auf Auskehrung des letzteren, keineswegs aber eine Klage auf Rescission des Erbvertrags zu.

Erk. des OAG. zu *Celle* vom J. 1851, in S. Höfel c. Höfel.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 36.

Präjudiz 5.

Die Ehefrau Sunemann, geb. Bock, hatte beim Amte Calenberg von ihrem Vater, dem Beklagten, Bock, der jetzt in zweiter Ehe lebte, die Herausgabe des von ihrer Mutter herrührenden Meierhofs klagend verlangt. Beklagter gründete excipiendo sein Recht an dem Hofe auf die amtlich bestätigte Eheberedung vom 26 November 1805, vermöge deren seine damals erst 23 Jahre alte, nach der Geburt der Klägerin, ihres einzigen Kindes, noch minderjährig gestorbene Ehefrau ihm, dem Beklagten, Haus und Hof zugebracht, übrigens sich beide gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, möchte die Ehe kinderlos sein oder nicht. Klägerin wurde mit ihren Ansprüchen auf *Anerkennung ihres Anerbenrechts und Herausgabe des streitigen Hofes* gänzlich abgewiesen. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Die Hauptansprüche der Klägerin, wenn solche auch an sich rechtlich begründet, und durch die Einerbe der *Bemeir-*

*) Runde, ehel. Güterrecht §. 105.
**) Runde, a. a. O. §. 108 S. 144.
***) Runde, a. a. O. §. 115. S. 257.

rung und Verfrelung nicht elidirt wären, erscheinen doch durch die Einrede des Erbvertrags völlig beseitigt, die gegen letztere Einrede vorgebrachten Repliken aber von keiner Erheblichkeit, weil

a) Erbverträge, welche das ganze Vermögen zum Gegenstande haben, eine Veräußerung nicht enthalten, und daher ohne obrigkeitliches Decret von Minderjährigen eingegangen werden können;

b) die Bestimmungen des römischen Rechts über die Art, wie Notherben im Testamente zu berücksichtigen, auf Erbverträge nicht auszudehnen sind, und

c) die römisch-rechtlichen Nachtheile einer zweiten Ehe, träfen solche auch nicht bloß die Wittwen, bei den besonderen Verhältnissen der Meiersleute auf letztere keine Anwendung finden.

Demzufolge finden die Ansprüche der Klägerin auf Anerkennung ihres Anerbenrechts und Herausgabe des streitigen Hofes nicht bloß zur Zeit, sondern überall nicht statt. (Damit wollte aber dem Rechte auf den Pflichttheil keineswegs präjudicirt werden.)

Erk. des OAG. Celle vom 2. Oct. 1846.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 243.

Präjudiz 6.

Der Geltendmachung der Einkindschaft von Seite des Stiefvaters setzte der Stiefsohn unter Anderem entgegen: er sei durch die Einkindschaft im Pflichttheile verletzt worden, selbige schließe auch eine Verletzung über die Hälfte in sich. Dagegen wurde in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung bemerkt: In dem Begriff und der Natur der Einkindschaft liegt, daß das unirte Kind auf die Erbschaft des verstorbenen Vaters oder Mutter Verzicht leistet, und daß das bisherige Güterverhältniß ganz in die zweite Ehe übergetragen wird, so daß nun von keiner Erbschaft, mithin auch nicht von einer Verletzung in dem gesetzlichen Erbtheil die Rede sein kann. Von einer Verletzung über die Hälfte kann aber um deswillen hier nicht die Rede sein, weil es feststeht, daß die Einkindschaft giltig errichtet worden sei, mithin damals dem Kinde, dem jetzigen Kläger, vortheilhaft gewesen, nachherige zufällige Nachtheile aber nicht zur Begründung des Antrags auf Rescission gebraucht werden können.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 6. Nov. 1827, in S. Hanenkamp c. Schütte.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 135.

Präjudiz 7.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt vor:

Da der Pflichttheil quaqua modo hinterlassen werden darf, so kann auch im Vertrage mit dem Anerben durch eine Auflage an denselben zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten dieser Obliegenheit vollkommen genügt werden. Es würde aber die M.'sche Ehefrau, als Tochter des Erblassers, noch ausdrücklich entweder zu dessen Erbin zu ernennen, oder ex justa causa zu enterben gewesen sein, wenn derselbe ein Testament errichtet hätte,

§. 5 Inst. de exhered. liberor. 2, 13.

Nov. 115. cap. 3.

und es hat wohl Rechtslehrer gegeben, welche auf ein solches Recht der Notherben auch da Rücksicht genommen wissen wollen, wenn der Erblasser über seinen Nachlaß mit Jemanden einen Erbvertrag abschließt, dergestalt, daß derselbe alsdann gehalten sein soll, den Erbvertrag zugleich auch mit seinen Notherben abzuschließen.

Pufendorf, obs. T. 2. obs. 173. Tom. 3. obs. 23.

Mayer, diss. an et quatenus princ. jur. Rom. de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint. Goett. 1805. 4. §. 15—17.

Daß aber dieses letztere Auskunftsmittel nicht genügen kann, ergibt sich schon daraus, daß Niemand, also auch ein solcher Notherbe nicht, zur Abschließung eines Erbvertrages mit dem Erblasser gezwungen werden kann; und daß es somit, da auch der Notherbe in dem Erbvertrage mit dem Dritten nicht zum heres eingesetzt werden kann, immer in die Hand des Notherben gegeben sein würde, die Perfection des Erbvertrages durch die Weigerung seines Beitrittes zu demselben zu verhindern. Wenn nun aber das germanische Recht dem Erblasser gestattet, mittelst eines Erbvertrages über das Seinige zu verfügen, so konnte es, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, eine bei Erbverträgen unausführbare Form, die das römische Recht nur bei Testamenten vorschreibt, auf dieses germanische Institut nicht herübertragen; und es konnte sich hierzu um so weniger veranlaßt finden, da ihm der Begriff der hereditas als einer universitas juris ursprünglich fremd, und auf das nomen heredis kein Gewicht gelegt, sondern nur darauf Bedacht genommen war, daß dem Erben die Güter des Erblassers wenigstens theilweise gesichert wurden, und da hiervon selbst nach der Einführung des römischen Rechts immer noch so viel übrig geblieben ist, daß man das darin angeordnete Recht auf eine heredis institutio außer dem Pflichttheile bei uns nicht eben als ein sehr wichtiges Recht ansieht. Daher erklären es denn auch Particularrechte und Schriftsteller bei Erbverträgen mit Recht für ganz unschädlich, wenn der Notherbe darin präterirt wird, sofern ihm nur auf irgend eine Weise sein Pflichttheil gesichert ist.

Cod. Bavar. civ. P. 3. c. 11. §. 1. Nro. 7.

Reinharth ad Christinaeum Vol. 4. obs. 68. Nro. 6.

Runde, von der Leibzucht Bd. 2. S. 504—8.

Hübner, disp. jur. civ. pag. 150—55.

Paetz, comment. de success. univ. per pact. promissa §. 9.

Eichhorn, Einleit. in d. deutsche P.-R. §. 343. Nr. 2.

Mittermaier, deutsch. Pr.-R. §. 403. Not. 8. (Ausg. 7. §. 454. X.)

Obwohl daher die M.'schen Eheleute an dem vorliegenden Vertrage keinen Theil genommen haben, so könnte derselbe doch auch ohne diese Theilnahme völlig rechtsbeständig sein.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. Oct. 1825, in S. Bäckmann u. C. c. Lampe.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 76.

Präjudiz 8.

Die nachstehende Motivirung der mittelinstanzlichen Entscheidung fand die höchstrichterliche Billigung, obgleich der Beklagte gegen dieselbe geltend zu machen versucht hatte, daß die actio suppletaria sowohl ihrem Klaggrunde als ihrem Gegenstande nach von der hereditatis petitio völlig verschieden, und deshalb der Uebergang von der letzteren zur ersteren als eine unzulässige Klagänderung zu betrachten sei.

„Der Contract vom 17. März 1839 — auf welchen sich der Beklagte zur Beseitigung der angestellten Erbschaftsklage gestützt — kann nicht als bloßer Kaufcontract betrachtet werden, sondern hat zugleich die Eigenschaft eines Erbvertrags. Einem jeden durch einen Vertrag der letztern Gattung in seinem Pflichttheil verkürzten Notherben steht dagegen eine Klage auf Ergänzung desselben zu. Auch bedarf es zur Realisirung dieses Anspruchs im vorliegenden Falle um deswillen nicht der Anstellung einer neuen Klage seitens der Kläger, weil in der Klage auf Herausgabe des ganzen Intestaterbtheils auch die auf Auskehrung des Pflichttheils oder des daran Fehlenden enthalten ist, und derjenige Intestaterbe, welcher eine letztwillige Verfügung ganz oder theilweise als nichtig angreift, sich in der Klage nur auf seine Erbenqualität, und erst in der Replik auf die Nichtigkeit der seinem Erbrechte entgegenstehenden Disposition zu berufen pflegt.“

Erk. des OAG. zu Celle vom 3. Juli 1843, in S. der Kinder des weil. Kamlade c. Barthold Richters.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 64.

Präjudiz 9.

Es ist ein anerkannter Grundsatz des Bauernrechts, daß der Colonus, welcher sich auf die Leibzucht zurückgezogen hat, beim kinderlosen Hinscheiden des Anerben in der Regel nicht auf den Hof zurückkehren, insbesondere den hinterbliebenen Ehegatten des Anerben, wenn demselben der Hof nach bauerrechtlichen Grundsätzen zugeheirathet ist, nicht wieder von der Stelle vertreiben kann. Der aufheirathende Ehegatte des Anerben erhält durch seine Ehestiftung, vorausgesetzt, daß ihm darin der Hof zur Mitbewirthschaftung nach Colonatrechte zugesichert ist, eine communio bonorum usufructuaria an dem Gute, und nach der Regel „längst Leib, längst Gut“, oder „der Letzte macht die Thür zu“, auch (für den Fall, daß der Anerbe

ohne Kinder verstirbt) ein eventuelles Erbrecht, vermöge dessen der Aufkömmling alle übrigen Anverwandte des Colonus, selbst dessen Eltern ausschließt.

Eisenhardt, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprichwörtern S. 264 f.

Diese, wenn sie sich auf die Leibzucht einmal zurückgezogen, haben eben dadurch zu Gunsten des Hoferben und seiner Descendenz, ingleichen zu Gunsten seines Ehegatten, insofern er demselben sein Colonatrecht im Ehecontracte mit überlassen hat oder überlassen würde, des Colonats sich begeben, müssen sich mit dem Altentheile begnügen und können nach dem Grundsatze ad renunciata non datur regressus nur dann zu dem Colonatrechte zurückkehren, wenn ihnen solches nach dem Ausgange aller, auch nur eventuell in der Hofsüberteagung mit begriffen gewesenen Personen durch einen neuen civilrechtlichen Titel etwa wieder eröffnet wird.

Zur Nachfolge des überlebenden Ehegatten im Colonate mit Ausschluß der Ascendenten des Anerben ist nur ein Hofverlaß- und Leibzuchtsvertrag zwischen jenen und diesem, und ein Ehevertrag zwischen dem Anerben und dem Auftömmlinge, wenn dem Letzten der Hof nach Colonatrechte zugeheirathet ist, erforderlich. Daß es an dem ersten dieser Erfordernisse im vorliegenden Falle nicht fehlt, ist als unbestritten anzusehen. Denn daß der Ehemann der Klägerin, von welchem der Hof ohnehin herkam, und zu dem sie selbst nur aufgeheirathet war, sich mit ihr zu Gunsten seines Sohnes der Wirthschaft begeben, und auf die Leibzucht zurückgezogen, hat Klägerin nicht leugnen mögen — liegt auch nach dem von der Beklagtin producirten und von der Klägerin anerkannten Hofverlaßcontracte vom 24. April 1818, welchen Klägerin wenigstens in diesem Bezuge gekannt hat, klar vor. Aber auch der Umstand, daß der Beklagtin von ihrem verstorbenen Ehemanne der qu. Hof nach Civilrecht zugeheirathet sei, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Denn wenn auch die im §. 3 in t. jener Urkunde gebrauchte Redensart: „wogegen derselbe (der Bräutigam) ihr (der Braut) seinen Hof zur Sicherheit verschreibt", bloß dem Wortverstande nach auf eine Hypothekbestellung zur Sicherheit des Eingebrachten gedeutet werden könnte, so leidet es doch umsoweniger Zweifel, daß damit eine wirkliche Gegenverschreibung des Hofes nach meierrechtlichen Grundsätzen und eine wahre Mitaufnahme der Beklagtin in das Colonatrecht gemeint sei, als dies von der Klägerin in den Proceßverhandlungen, und namentlich in der Replik fol. 20 und 21, wie sie sich über diesen Punkt ausgesprochen hat, überall nicht bestritten ist. Wenn nun hiernach Klägerin von dem Erbrechte am Hofe ausgeschlossen ist, und sich bloß nach wie vor mit der Leibzucht begnügen muß, so ist doch die Klage auch mit auf den übrigen Nachlaß des Ehemannes der Beklagtin gerichtet und von der Beklagtin zugestanden, daß ein solcher, wenn auch nur gering, doch vorhanden gewesen sei, und auf diesen übrigen Nachlaß können die obigen, den Hof betreffenden Grundsätze des Meierrechts nicht angewandt werden. Beklagtin hat gegen diesen Anspruch eingewandt, daß ihr dieser Nachlaß durch §. 5 ihrer Ehestiftung, mithin durch einen Erbvertrag zugewandt sei, wodurch Klägerin dann ebenfalls ausgeschlossen wäre. Klägerin hat darauf replicirt, daß dieser Erbvertrag gegen die allgemeinen Grundsätze vom Notherbenrechte und Pflichttheilsberechtigungen anstoße, indem sie darin präterirt und ihr der Pflichttheil gänzlich entzogen sei, und das judicium a quo hat, mit Bezugnahme auf

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 343 und
Runde, Leibzucht S. 506.

angenommen, daß bei Erbverträgen das Erforderniß der Erbeinsetzung der Notherben hinwegfalle, die präterirten Notherben höchstens ihren Pflichttheil verlangen könnten, und hat Klägerin, weil sie nicht expreß auf den Pflichttheil geklagt habe, angebrachtermaßen zurückgewiesen. Allein da Klägerin ihre Klage auf ihren gesetzlichen Erbtheil überhaupt gerichtet hat und darunter eventuell auch der Pflichttheil begriffen ist, so hätte die Klage selbst nach den Grundsätzen des judicii a quo nicht zurückgewiesen werden dürfen, indem eine eventuelle Klagenhäufung dieser Art erlaubt ist.

L. 1. § 4 D. quod legat. 43, 3.
Oelze, Anleitung zur jur. Praxis §. 80. Nr. 5.

Die Hauptfrage ist nun aber, ob der Erbvertrag, in welchem die Klägerin präterirt und vom Pflichttheile gänzlich ausgeschlossen ist, nur usque ad legitimam der Klägerin, oder völlig zu rescindiren sei, in welchem letzten Falle es zu der Intestaterbfolge kommen und der Klägerin nach der landesherrlichen Verordnung vom 30. December 1754 die Hälfte des Nachlasses ihres Sohnes, mit Ausschluß dessen Hofes, zuzusprechen sein würde. Könnte die Erwerbung des Nachlasses, welche dem Vertragserben durch einen universellen acquisitiven Erbvertrag zu Theil wird, mit einer donatio omnium bonorum verglichen und nach den Grundsätzen von solchen behandelt werden, so würde allerdings nur von einer solchen Klage auf den Pflichttheil die Rede sein können und Klägerin mit demselben sich begnügen müssen, da nach der zwar bestrittenen, jedoch für richtig anzunehmenden Meinung die querela inofficiosae donationis, auch selbst schon nach römischem Rechte, nur auf den Pflichttheil gerichtet ist.

Glück, Commentar Th. 7. S. 158—173. Th. 36. S. 96. Th. 38. S. 60.

Allein dieser Vergleich des Erbvertrages mit der Schenkung ist unzuläßig, weil durch Schenkung die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen wird, sondern neben derselben bestehen kann, während der universelle Erbvertrag die gesetzliche Erbfolge, dem Testamente gleich, gänzlich ausschließt und daher auch, in Bezug auf Notherben und Pflichttheilsberechtigungen, den Testamenten gleich zu beurtheilen ist. Enthalten nun deutliche Gesetze die Vorschrift, daß Testamente, in welchen der Notherbe präterirt, oder vom Pflichttheile so gänzlich ausgeschlossen ist, daß eine actio ad supplendam legitimam nicht Platz greifen kann, in totum zu rescindiren sind, so daß es zur Intestaterbfolge kommt, so muß unter gleichen Verhältnissen dasselbe auch bei den Erbverträgen zur Anwendung kommen. Möchte es auch richtig sein, daß die Präterition des Notherben den Erbvertrag nicht nichtig macht, insofern etwa die Nothwendigkeit der Einsetzung des Notherben nur auf die innere Form der Testamente zu beziehen wäre, und es an genügenden Gründen fehlte, dies auch auf Erbverträge anzuwenden, so ist doch davon die Regel, daß den Notherben der Pflichttheil nicht entzogen werden dürfe, ganz verschieden, und letzte unstreitig auch auf den Erbvertrag anwendbar, wobei es dann im Erfolge, wenigstens bei vorliegendem Falle, auf eins herauskommt, ob der Erbvertrag für nichtig erkannt, oder als inofficiös rescindirt werde.

Glück, l. c. Bd. 38. S. 58—67.

Hiernach ist der vorliegende Erbvertrag, wodurch Klägerin vom Nachlasse ihres Sohnes gänzlich ausgeschlossen wird, zu beseitigen, und nur die zu erweisende Einwilligung der Klägerin in solchen könnte denselben aufrecht erhalten haben.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 8. Dec. 1836, in S. Brunke c. Brunke, wegen Erbschaft.

Präjudiz 10.

Die Rechte des Notherben sind für den mit einer dritten Person abgeschlossenen Erbvertrag nur insofern von Bedeutung, als sie durch den letzteren nicht beseitigt oder geschmälert werden können.

Die Rechte des Notherben bestehen, außer dem Anspruche auf Hinterlassung des Pflichttheils, nur darin, für den Fall der Errichtung eines Testaments entweder zu Erben eingesetzt, oder nur aus einem gesetzlichen Grunde enterbt zu werden. Einem Erbvertrage geht die Natur eines Testamentes insofern vollständig ab, als derselbe, abgesehen von den contractlich dem Mitcontrahenten zu Gunsten dritter Personen gemachten Auflagen und Beschränkungen, überall nicht die Bestimmung hat, an dem Vertrage nicht betheiligte Personen direct zu Erben einzusetzen, oder zu enterben. Demnach kann der Notherbe den Erbeseinsetzungsvertrag niemals gänzlich, sondern nur bis zu dem Betrage seines gesetzlichen Pflichttheils beseitigen, wobei es auf die Frage, ob ihm wegen des Pflichttheils ein Erbrecht zugesichert sei oder nicht, nicht ankommt. (Vgl. Präj. 1 zu Contr. 8.)

Erk. des OAG. zu Celle vom 3. Juli 1855, in S. Lampe c. Dohrmann.

X.

Streitig ist, ob vertragsmäßig abgefun-

dene Kinder ein Testament ihrer Eltern, in welchem zu Gunsten Fremder über ihr übriges Vermögen testirt ist, wegen Präterition anfechten können. Vergl. Erbverzicht Contr. 4.

Einige meinen, solches Testament sei zulässig, wenn nur die Kinder im Erbvertrage als Universalerben erklärt wären.

Glück, Pand. Bd. 25. S. 388.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 84. Bd. 38. S. 77.
Pufendorf, abs. T. 3. obs. 19.

Andere meinen, auf diese Weise entständen ja zwei Erbschaften und zweierlei Erben einer Person, was unzulässig sei, nach dem Grundsatze: nemo pro parte testatus etc., sowie nach der Regel: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest.

Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6. S. 298.

Vergl.

v. Gönner, über den Begriff von Notherben (1812) und dessen Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Stud. Bd. 4. S. 435.

Andere meinen, es sei wenigstens sehr räthlich, daß derjenige, welcher seine Kinder für ihr künftiges Erbrecht durch Vertrag abgefunden habe, wenn er in der Folge über sein übriges Vermögen testire, seine Kinder ausdrücklich in das bereits Empfangene instituire.

Mittermaier, deutsches P.-R. §. 411.

Präjudiz 1.

In einem Erkenntnisse des OAG. zu München vom 17. Januar 1850, N. R. 871. 47/48, kommen in obiger Beziehung folgende Sätze vor:

1) In Erbverträgen ist die Erbeseinsetzung in solcher Weise, wie bei Testamenten nicht erforderlich. So wie überhaupt bei letztwilligen Verordnungen weit weniger auf die Worte als auf die Absicht des Testators gesehen, und, wenn diese zweifelhaft bleibt, die dem Honorirten vortheilhaftere Meinung gewählt werden muß, keineswegs aber der letzte Wille nach der Intestaterbfolge auszulegen ist,

Schweppe, das röm. Privatrecht. 4. Ausg. Bd. 5. §. 801.

so muß ex paritate rationis eben diese Ansicht bei Erbverträgen für die Contrahenten festgehalten werden.

2) Ein stipulirter Rückfall hat der Regel nach zur Absicht, daß das Vermögen des einen oder andern Ehegatten, im Falle solcher ohne Kinder stirbt, ganz oder zum Theil an seine Verwandten komme,

Hoffmann, Handbuch des deutschen Eherechts §. 324. Nr. 44. S. 729.

weshalb anzunehmen ist, daß, wo nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet ist, durch die Hinausgabe des Rückfalls jeder Anspruch auf den nach dessen Abzug verbleibenden Vermögenstheil des Verstorbenen hinwegfällt.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 183.

XI.

Streitig ist, ob der Vertragserbe, wenn er vor dem Erblasser stirbt, sein Erbrecht auf seine Erben transmittire*). (Vergl. Transmissionsfälle A. c. 5.)

Einige meinen, wenn der Vertragserbe den Anfall der Erbschaft nicht erlebt habe, so trete keine Transmission ein. Denn in dem Erbvertrage liege nur ein Delationsgrund, nicht aber die Erwerbung selbst. Der Delationsgrund könne aber nur einen Anspruch zur Erwerbung geben; diese aber müsse erst durch Antretung zu Stande kommen, und bevor die Antretung nicht geschehen sei, transmittire er die Erbschaft auch nicht auf seine Erben.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 4. Nr. 71.
Mittermaier, deutsches P.-R. §. 454 u. §. 403. Not. 16 und die das. Alleg.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. §. 10. S. 271 f. u. S. 305.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 43.
Gerber, deutsches P.-R. §. 259.

Andere meinen, vermöge der allgemeinen Natur der Vertragsrechte und des durch die Acceptation dem Vertragserben bereits unwiderruflich erworbenen Rechtes, werde durch den Tod des Erblassers das Erbrecht des Vertragserben nicht erst erworben, sondern nur unbedingt; es werde daher, wenn der Letztere nur jenen erlebt habe, stets auf dessen Erben transmittirt.

Glück, Pand. Bd. 4. S. 558. Bd. 25. S. 389.
Glück, Intestaterbfolge §. 8.
Westphal, deutsches P.-R. Th. 2. S. 401.
Kurz, de pactis success. §. 16.
Rivinus, de transmissione juris succed. antecessoris morte non delat. §. 6. in opusc. p. 434.
Gründler, Polemik Th. 3. S. 433.
Böhmer, de fundamento pactor. famil. c. 2. §. 11. Nro. 7.
v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 171.
Eichhorn, deutsches P.-R. §. 344.

Präjudiz 1.

In einem Erk. des AG. zu Dresden (Schwarze und Heyne, Unters. S. 15) wird statuirt, daß in der Acceptation des Vertrags schon die zu bewirkende Antretung erklärt sei, und sowie der Promittent nicht von demselben abgehen könne, so sei auch der Erbe des Promissars so berechtigt als verbunden, den Nachlaß des Ersteren anzutreten und pro viribus zu vertreten.

Präjudiz 2.

Das OAG. zu Cassel erkannte am 31. Aug. 1833:

In Erwägung, daß die durch einen Erbvertrag begründeten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn in demselben keine Beschränkung besonders festgesetzt ist, den allgemeinen Grundsätzen von dem Uebergange vertragsmäßiger Rechte gemäß, auch auf die Erben des in dem Vertrage ernannten Erben übergehen, und es hierbei, obgleich die wirkliche Geltendmachung des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers hinausgeschoben ist, nicht darauf ankommt, ob der ernannte Erbe selbst diesen Zeitpunkt erlebt habe oder nicht ꝛc.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 270.

Präjudiz 3.

In einer von den Eltern der Braut mitunterschriebenen Eheberedung, in welcher für den Fall, daß die Ehe ohne Kinder bleiben würde, unter dem Brautpaare die Regel:

„Längst Leib, längst Gut"

festgestellt worden, war im §. 3 bestimmt:

„Die Eltern der Braut versprechen der Braut zum Brautschatz mitzugeben auf Brautmorgen 1000 Thlr. Gold.

Ferner erhält die Braut noch dasjenige vom elterlichen Vermögen, was ihr durch Erbschaft zugetheilt werden wird, indem die Eltern der Braut über ihren künftigen Nachlaß ein Testament zu errichten beabsichtigen."

*) Nach einer Entscheidung des OAG. Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzsammlung und von den Gerichten in judicando zu befolgen, soll, wenn der in einem Erbvertrage ernannte Erbe vor dem Erblasser stirbt, sein vertragsmäßiges Erbrecht auf seine Erben nicht übergehen, wenn nicht in dem Erbvertrage ein Anderes festgesetzt ist.

Präj., bekannt gemacht den 8. Jan. 1845.

Die Eltern der Braut errichteten nun auch ein gemeinschaftliches Testament. In diesem ernannten sie sich wechselseitig zu Erben, mit der näheren Bestimmung, daß nach dem Ableben beider Eltern deren Kinder zu wahren Erben einzusetzen seien. Zugleich waren über die den einzelnen Kindern zufallenden Erbantheile weitere Anordnungen getroffen, namentlich die von der inzwischen verheiratheten Tochter annoch zu gewärtigende Summe auf 700 Thlr. Gold festgestellt.

Bald darauf starb der Vater, und nicht lange Zeit nach ihm, vor Eröffnung des elterlichen Testaments, die verheirathete Tochter ohne Hinterlassung von Kindern. Ihr Ehemann, Diedr. Wahls zu Rahde, glaubte unter Berufung auf das durch die Ehestiftung für ihn begründete vertragsmäßige Erbrecht (außer den ihm gleich nach Eingebung der Ehe gezahlten 1000 Thlr.) auch die seiner Ehefrau in dem elterlichen Testamente zugewandten 700 Thlr. beanspruchen zu dürfen, — allerdings jedoch erst nach dem demnächstigen Tode seiner Schwiegermutter. Diese bestritt den erhobenen Anspruch.

Das Untergericht ging bei seiner Entscheidung von der Ansicht aus, daß der Ehefrau Wahls die ihr in dem elterlichen Testamente ausgesetzte Summe von 700 Thlr. Gold allerdings angefallen sei, da die Bestimmung jenes Testaments,

„daß nach dem Ableben beider Eltern deren Kinder zu wahren Erben einzusetzen seien,“

eine bedingte Erbeseinsetzung nicht involvire, indem es offenbar die Absicht der Testirer gewesen sei, daß, vorbehältlich des dem Längstlebenden von ihnen auf Lebenszeit überlassenen Nießbrauchs, ihre Kinder demnächst das ganze Vermögen erben sollten. Trotzdem hielt dasselbe den von Wahls geltend gemachten Anspruch auf die 700 Thlr. für unbegründet, da von ihm eingestanden sei, daß seine weil. Ehefrau die ihr nach jenem Testamente angefallene Erbschaft nicht angetreten habe, ein gesetzlicher Transmissionsfall aber nicht vorliege.

Das zuständige Mittelgericht faßte die Sache von einem dem Kläger günstigern Gesichtspunkte auf. In seiner Entscheidung wird gesagt:

Das durch den Ehevertrag dem Kläger für den eingetretenen Fall zugesicherte Vermögen seiner Ehefrau soll nach Maßgabe des §. 3 jenes Vertrags nicht nur in den dort bezeichneten, am Brautmorgen fälligen Gegenständen, sondern auch in demjenigen bestehen, was in dem elterlichen Testamente derselben annoch werde zugetheilt werden. Aus diesem Grunde bilden daher die, auch ohne eine desfallsige rechtliche Verpflichtung des Testators, in dem in Frage kommenden Testamente der verstorbenen Ehefrau ausgesetzten 700 Thlr. Gold einen Theil des dem Kläger vertragsmäßig gebührenden Vermögens.

Auch kommen bei Erbverträgen die zur Uebertragung angefallener Erbschaften nach dem römischen Rechte nöthigen Erfordernisse nicht zur Anwendung.

Das höchste Landesgericht stellte dagegen die unterrichterliche Entscheidung wieder her, unter folgender Motivirung:

Es läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß der Kläger auf Grund der mit seiner Ehefrau errichteten Ehestiftung Vertragserbe derselben geworden ist, und in dieser Eigenschaft keiner Erbschaftsantretung, wie sie das römische Recht für einen Erbschaftserwerb verlangt, bedurft hat. Auch ist es an und für sich richtig, daß das dem Kläger für den eingetretenen Fall in der Ehestiftung zugesicherte Vermögen seiner Ehefrau dasjenige mitbegriffen hat, was derselben demnächst noch zufallen werde, vorausgesetzt, daß es bei ihrem Ableben schon erworben war und einen Theil ihres Nachlasses bildete.

Dahingegen kann des Klägers verstorbene Ehefrau hinsichtlich der in Frage kommenden 700 Thlr. Gold nicht als Vertragserbin ihrer Eltern, sondern nur als deren Testamentserbin angesehen werden, indem die in der Ehestiftung, unter Bezugnahme auf ein Testament, welches die Eltern über ihren künftigen Nachlaß zu errichten beabsichtigen, im §. 3 nur im Allgemeinen abgegebene einseitige Erklärung durchaus nicht die Ansicht begründen kann, daß die Eltern mit ihrer Tochter, oder mit deren damaligem Bräutigam einen Erbvertrag abgeschlossen haben. Es ist nämlich die nur in Aussicht gestellte Zutheilung eines noch zu erwartenden, jedoch überall nicht näher bestimmten Vermögens zu einer, ohnehin nicht erfolgten, Acceptation überall nicht geeignet, und ein nach seiner rechtlichen Natur widerruflicher testamentarischer Wille derzeit noch gar nicht festgestellt gewesen. Mithin hat es augenscheinlich für einen Vertrag jeder Grundlage ermangelt. Noch weniger läßt sich aber annehmen, daß der völlig unbestimmte Gegenstand dem constituirten Brautschatze angehört habe, oder darauf mit zu beziehen sei.

Insofern nun dasjenige, was der Ehefrau des Klägers hiernächst von ihren Eltern in dem Testamente ausgesetzt worden, nur als aus diesem Testamente gebührend betrachtet werden kann, muß es entscheidend sein, daß nach dem Inhalte dieses Testaments die Einsetzung der Ehefrau des Klägers in die fraglichen 700 Thlr. von dem beiderseitigen Ableben der Testirer abhängig gemacht und fideicommissarischer Natur ist, mithin insoweit eine bedingte Beschaffenheit hat. Der gedachten Ehefrau ist hiernach vor dem Ableben beider Testirer ein Erbfolgerecht gar nicht deferirt worden und somit, da sie schon vor Eintritt der Bedingung mit Tod abgegangen, ihr Erbanspruch erledigt.

Erk. des OAG. zu Celle vom 2. Juli 1845, in S. des Diedr. Wahls zu Rahde wider die Wittwe des Claus Lamken zu Holthorst.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 203.

Vergl. auch oben Präj. 3 zu Contr. 7 und unten Notherbenrecht B. Präj. 1 zu Contr. 14.

XII.

Streitig ist, ob bei Erbverträgen das Accrescenzrecht stattfinde.

Einige erklären sich für die Zulässigkeit des Accrescenzrechts. Wenn also mehrere Erben von verschiedenen Titeln concurriren, und von denen, die denselben Titel haben, einer wegfalle, so accrescire dessen Portion den mit ihm Verbundenen; wie ja auch z. B. der Fall sei, wenn ein Soldat auf sein peculium castrense zwei Erben eingesetzt habe; nach dem Wegfall des einen accrescire dessen Antheil dem andern, und nicht dem Intestaterben. Denn der Erbvertrag enthalte einen Delationsgrund der Universalnachfolge, gleich dem Testamente; wenn also der Vertrag nicht so ausgelegt werden könnte, daß darin eine Verfügung über den ganzen Nachlaß enthalten sei, so würde es gegen die anerkanntesten Rechtsregeln zur Intestaterbfolge verstoßen, wollte man ein Accrescenzrecht nicht annehmen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 361.
Merlin, repert. s. v. institution. contr. §. 10. Nro. 6 u. 8.
Hommel, Rhapsod. 5. obs. 619.

Diese Ansicht befolgt das Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 2. §. 645.

Andere gestatten das Accrescenzrecht nur bei den sog. pactis successoriis mixtis, welche ganz nach Analogie der Testamente beurtheilt würden, während bei den pact. success. simpl. kein Accrescenzrecht gelte.

Kreitmayr, Anmerk. zu dem Cod. Bavar. civ. T. 3. c. 11. §. 1. Nro. 6.

Andere meinen, die Erben des vor dem Erblasser verstorbenen Vertragserben rückten an seine Stelle, und finde das Accrescenzrecht nicht statt; wenn z. B. A und B in dem Vertrage zu Erben des C eingesetzt seien, und B falle vor dem Erwerbe der Erbschaft weg, so solle den Intestaterben des C der Theil der Erbschaft zu und accrescire nicht dem A. Denn da der Vertrag dem eingesetzten Erben nur eine Quote zugedacht habe, so bestehe kein Grund, die vacante Portion mit Uebergehung der Intestaterben dem übrig gebliebenen Vertragserben zuzuwenden. Der Grund, welchen das römische Recht

für das Accrescenzrecht mehrerer Testamentserben habe, nämlich nemo pro parte testatus etc., treffe nicht zu. Das gesetzliche Erbrecht werde freilich durch den Erbvertrag beschränkt, aber auch nicht weiter, als nothwendig in dem Geschäfte liege; und wenn es auch eine Zeit lang ganz ausgeschlossen geschienen habe, so könne es doch durch das Wegfallen des Hindernisses wieder zur Wirksamkeit gelangen.

J. H. Böhmer, exerc. ad P. T. II. exerc. 31. c. 2. §. 11. Nro. 7.
Gerber, deutsches P.-R. §. 259.
Beseler, Erbverträge Th. 2. Bd. 1. §. 10. S. 280—286.
Glück, Pand. Bd. 6. S. 555.
Mittermaier, deutsches Pr.-R. §. 454.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 893.
Maurenbrecher, Lehrb. des gem. deutsch. Rechts 2. Bd. §. 562. Not. v.

Andere halten diese Ansicht für sehr bedenklich.
Gerber, deutsches P.-R. §. 259.

Siehe auch Delation der Erbschaft c. 5 u. 6.

XIII.

Streitig ist, ob ein Erbvertrag wegen nachgeborener Kinder hinfällig werde.

Einige verneinen dies, mit Ausnahme der Ehestiftungen unter Eheleuten.
Eichhorn, d. P.-R. §. 345.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 60.

Andere bejahen die Frage, weil ja Kinderzeugen auch Ehestiftung breche.
Pufendorf, obs. 173.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 895.

Präjudiz 1.

In einer notariell beurkundeten Eheberedung von 1792 war vorgekommen: „Die Braut mache sich anheischig, ihren Bräutigam als unumschränkten Herrn ihres gegenwärtigen und künftigen Eigenthums anzuerkennen, und diesen hierzu auf den Todesfall einzusetzen, und wolle sie sich nur 100 Fl. zu ihrem Nebengebrauche vorbehalten; wogegen der Bräutigam versprach, die nöthigen Inferenden von 200 Fl. vorderfamst zu berichtigen, welche er nebst seinem künftigen Vermögen zu einem Gegenvermächtnisse geschenkt, und sich nur 50 Fl. zu seinem Nebengebrauche vorbehalten haben wolle; und solle diese Eheberedung als eine reciprote Schenkung unter Lebenden angesehen werden."

Die hierauf eingegangene Ehe wurde später durch den Tod der Frau getrennt, worauf der Mann zur zweiten Ehe schritt. Derselbe wurde von seiner zweiten Ehegattin und einem Descendenten aus erster Ehe überlebt. Gegen diesen nahm nun die Wittwe die Leibzucht bezüglich eines von der ersten Frau zugebrachten Hauses in Anspruch, geltend machend, dasselbe sei gemäß jener Eheberedung in das Vermögen des Mannes übergegangen, daher Bestandtheil des von letzterem hinterlassenen Vermögens. Diesem Anspruche wurde nicht stattgegeben.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber unter Anderem: . . . . . Die Erklärung der Paciscenten, daß die Eheberedung als eine gegenseitige Schenkung unter Lebenden betrachtet werden solle, kann nichts anderes bedeuten, als daß sie einseitig nicht widerrufen werden könne. Solche obgleich unwiderruflich abgeschlossene Ehe- und Erbverträge, in welchen der Kinder, die in der Ehe geboren werden könnten, nicht gedacht wird, werden nur für den Fall, daß die Ehe kinderlos bleiben, oder doch die Kinder vor dem Schenker ohne Descendenz versterben sollten, eingegangen erachtet, nach der deutschen Parömie: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung".

Eichhorn, d. P.-R. §. 347.

Mittermaier, d. P.-R. §. 360.
Glück, Commentar der Pandekten Bd. 25. §. 1249.
Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern Abth. 2. Nr. 25.
Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 14. Juni 1842.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 64.

Präjudiz 2.

Auch das OAG. zu Celle hat, wie von dem ältern Pufendorf, obs. Tom. I. obs. 200. §. 20 und Tom. III. obs. 114. §. 3 bezeugt wird, bereits in älterer Zeit und, wie in Wilhelm v. Pufendorf's Obs. obs. 20 mitgetheilt wird, damit übereinstimmend in neuerer Zeit, namentlich in einem Erkenntniß aus dem Jahre 1836 den Grundsatz aufgestellt, daß eine erfolgte Einkindschaft nicht als entkräftet anzusehn sei, wenn in der zweiten Ehe keine Kinder geboren sind,
falls nicht, wie sich von selbst versteht, die Geburt von Nachkindern ausdrücklich als Bedingung aufgestellt war.

Uebereinstimmend:
Eichhorn, d. P.-R. §. 348.
Mittermaier, d. P.-R. (vierte Aufl.) §. 323.
Maurenbrecher, Lehrb. des deutschen Rechts S. 668.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 186.

XIV.

Ueber die Frage, ob durch Erbvertrag ein Testamentswiderruf erfolge, handelt nachstehendes Erkenntniß:

Präjudiz 1.

Wenn auch durch einen späteren Erbvertrag ein Testament stillschweigend widerrufen werden kann, so setzt dieses doch voraus, daß der Erbvertrag den gesammten Nachlaß des Testirers umfasse. — Eine etwa vermuthliche Absicht des Testirers, sein Testament zu widerrufen, ist nicht in Betracht zu nehmen, da zu einem gültigen Widerrufe die Absicht des Testirers jedenfalls ganz außer Zweifel sein muß. . . . .

Erk. des OAG. zu Cassel vom 18. Oct. 1848.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 274.

XV.

Streitig ist, ob der Erbeinsetzungsvertrag, nach Analogie von Schenkungen, wegen Undankbarkeit widerrufen werden könne.

Einige bejahen dies bei einseitigen Erbverträgen.
Eichhorn, d. P.-R. §. 345.

Andere verneinen die Frage, weil beide Geschäfte völlig verschieden seien, und gestatten nur restitutio wegen allgemeiner Gründe, z. B. Betrugs, Irrthums und dergleichen.
Beseler, Erbverträge II. §. 11. S. 313.

Vergl.
Buchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 7.

XVI.

Ueber die Wirksamkeit der Erbverträge zwischen Ehegatten nach erfolgter Ehescheidung spricht sich nachstehendes Erkenntniß folgendermaßen aus:

Präjudiz 1.

Bei Erbverträgen zwischen Ehegatten, mögen dieselben in Ehepacten enthalten oder für sich errichtet sein, muß angenommen werden, daß die durch selbige einem Ehegatten zugesicherten Successionsrechte ihm als solchem und wegen dieser seiner Eigenschaft eingeräumt, mithin durch die Fortdauer der Ehe bis an den Tod stillschweigend bedingt sind.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 10. Nov. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 224.

XVII.

Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften des römischen Rechts über die sogenannten Nachtheile der zweiten Ehe auf Erbverträge sprechen sich die folgenden Erkenntnisse aus:

Präjudiz 1.

1) Die Vorschriften des römischen Rechts über die sogen. Nachtheile der zweiten Ehe beziehen sich nach dem Wortlaute der einschlagenden Gesetze auf alle und jede Zuwendungen an die zweite Ehefrau von Todeswegen und unter Lebenden, sofern eine Liberalität darin enthalten ist. Die Form, in welche diese Zuwendungen gekleidet sind, kommt nicht in Betracht. Für die Beurtheilung der Frage, ob jene römisch-rechtlichen Bestimmungen auch bei deutschen Erbverträgen anzuwenden seien, kann die Vertragsform der Disposition nicht entscheiden; es ist vielmehr nur der materielle Inhalt derselben zu berücksichtigen, und hiernach zu bemessen, ob die auf Liberalität beruhende Voraussetzung sich begründet finde? indem zwar auch onerose Erbverträge abgeschlossen werden können, keineswegs aber bei jedem Erbvertrage eine die Anwendbarkeit der Vorschriften über die sogenannten Nachtheile der zweiten Ehe ausschließende gegenseitige Leistung sich annehmen läßt.

2) Die gesetzliche Vorschrift über die Nachtheile der zweiten Ehe muß zwar als eine Begünstigung der Kinder erster Ehe aufgefaßt werden, es soll jedoch der zweiten Ehefrau nur dasjenige entzogen werden, was über die gesetzliche Grenze hinaus ihr zugewandt worden; sie behält mithin dasjenige, was innerhalb der gesetzlichen Beschränkung zu ihren Gunsten disponirt ist; die Disposition wird nur hinsichtlich des Mehrbetrags ungiltig.

Erk. des OAG. zu Celle v. J. 1853, in S. Kleinhanns zu Lancaster c. die Ehefrau Keller, verwittwet gewesene Kleinhanns, zu Berensen, wegen Herausgabe einer Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 204.

Präjudiz 2.

In einem oberbaierischen Rechtsfall hatte der Mann seiner zweiten Frau gegen ein Einbringen von 1290 Fl. und Zusicherung des Einwerfens künftiger Erwerbe sein Anwesen (angeblich im Werthe von mehr als 30,000 Fl.) mit der Bestimmung zum Miteigenthum angeheirathet, daß dieselbe auf den Fall seines Absterbens sich mit den Kindern erster Ehe in Ansehung ihres Elterngutes gebührend zu vertragen habe. Dieser Ehevertrag wurde von den Kindern erster Ehe auf Grund der Vorschriften über die Nachtheile zweiter Ehe angefochten; ohne Erfolg. Der durch denselben begründete Güterstand wurde als allgemeine Gütergemeinschaft aufgefaßt, und hierauf (abgesehen von andern Motiven) angenommen, daß der Erwerb aus der Gütergemeinschaft nicht aus einem titulus mere lucrativus vel gratuitus fließe.

Obergerichtsurtheil bestätigt durch Erk. des OAG. zu München vom 20. April 1852

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 204.

XVIII.

Ueber die Frage, ob Erbverträge wegen laesio enormis anzufechten seien, handelt das nachstehende Erkenntniß:

Präjudiz 1.

In dem Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 12. Febr. 1857, in Sachen Timmermann c. Böker, heißt es:

Von allen Angriffen der Klägerin bliebe deshalb nur die Rescission des über die mütterliche Erbschaft abgeschlossenen Theilungsgeschäfts wegen enormer Läsion übrig. Das jud. a quo weist diesen Angriff definitiv zurück, weil hier nicht von einem onerosen Vertrage mit Leistung und Gegenleistung von Aequivalenten die Rede sei. Indessen läßt sich doch nach L. 1. L. 3 C. comm. utriusque jud. 3, 38 nicht a priori behaupten, daß die Anwendung der L. 2 C. de resc. vend. 4, 44 auf erbschaftliche, selbst bauerrechtliche Theilungen begriffswidrig sei, indem es recht wohl möglich bleibt, anzunehmen, daß ein Erbe nicht die Hälfte dessen, was er dem Miterben überlassen, resp. daß ein Abfindling nicht die Hälfte der nach den Hofskräften ihm gebührenden Abfindung erhalten habe.

XIX.

Ueber Erbeinsetzung „auf Lebenszeit“ in einem Erbvertrage

siehe Erbeseinsetzung Präj. 1 zu Contr. 5.

Erbverträge, Accrescenzrecht dabei, s. Anwachsungsrecht c. 12.

— — ob solche dadurch, daß der Testator ein Testament für unwiderruflich erklärt, errichtet werden, s. clausula derogatoria c. 5.

— — deren Widerruf, s. Erbverträge c. 13. 15. 16. 17. 18.

— — ob sie ein früheres Testament vernichten, s. Testamente, deren Widerruf c. 13.

Erbverzicht.

Beseler, Erbverträge Th. 2. Bd. 1. S. 233 f.
Buddeus im Rechtslexikon Bd. 4. S. 46.

I.

Streitig ist, ob ein Erbverzicht zu seiner Giltigkeit einer eidlichen Bestärkung bedürfe.

Einige, namentlich Aeltere meinen, nur in der Bestimmung des canonischen Rechts cap. 2 de pactis in VIto, wonach der Eid die Kraft habe, aus einem actu invalido ein giltiges Rechtsgeschäft zu machen, werde die im römischen Rechte vorgeschriebene Ungiltigkeit der Erbverzichte vereitelt.

Böhmer, Rechtsfälle Bd. 3. Nr. 195.
Schmidt, hinterl. Abhandl. Bd. 3. S. 391.

Andere meinen, heut zu Tage bestehe kein Zweifel mehr über die Giltigkeit der Erbverzichte, auch ohne das Bindemittel des Eides.

Berger, oecon. juris lib. 2. tit. 4. th. 48. Nro. 5
Wernher, obs. for. P. II. obs. 430. P. VII. obs. 63.
Gottschalk, discept. for. T. I. cap. 13.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1405.
Danz, Handb. des d. P.-R. Bd. 7. §. 660.
Mevii decis. Vol. III. Nro. 270.
Schilter, exerc. VIII. §. 40.
Eichhorn, d. P.-R. §. 349.
Mittermaier, d. P.-R. §. 456.
Gründler, Polemik Th. 1. §. 665.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörterungen II. S. 384.
Gerber, d. P.-R. §. 264.

Präjudiz 1.

Wenn zwischen dem weiland Ackermann Hans Heinrich Günther in Söllingen und dessen nachheriger Ehefrau Anna Magdalene geb. Röpke bei Eingehung der Ehe der behauptete Erbvertrag am 15. Nov. 1765 abgeschlossen sein sollte, so war jener allerdings nicht berechtigt, durch letztwillige Dispositionen das dieser an dem Nachlasse unwiderruflich erworbene Recht aufzuheben oder zu schmälern. Indeß stand es der Erblasserin der Klägerin frei, auf das vertragsmäßige Erbrecht zu verzichten. Hierzu genügte eine jede ausreichend bündige Willenserklärung,

L. 95 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.

und ein solcher Verzicht konnte nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen.

L. 8. §. 1 C. de inoff. test. 3, 28.

Ein stillschweigender Verzicht, und die daraus sich ergebende Anerkennung des Erbrechts wird namentlich darin gefunden, wenn der durch das Testament Beeinträchtigte ein Vermächtniß oder sonstigen Vortheil aus dem Testamente annimmt oder einfordert,

L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 31. §. 3. L. 32. §. 1 D. de inoff. test. 5, 2.

L. 8. §. 2. 3. 4 D. de bonis libert. 38, 2.

wenn er demjenigen, der ihm vorgezogen worden, zur Erlangung dessen, was ihm zugedacht ist, auf irgend eine Weise Beihülfe leistet,

L. 32 pr. D. de inoff. test. 5, 2.

wenn er Rechtsgeschäfte mit demselben eingeht, die dieser nur in der Qualität als Testamentserbe vornehmen konnte.

L. 23. §. 1 D. eod. 5, 2.

Die Wittwe Günther hat nun die testamentarischen Dispositionen ihres Ehemannes sowohl ausdrücklich als stillschweigend anerkannt. — Folgen die Ausführungen.

Die geschehene Anerkennung des Testaments von Seiten der Wittwe Günther schließt aber dieselbe, folglich auch deren Erben, von jeder Anfechtung wegen etwaiger formeller und materieller Mängel gänzlich aus.

L. 16. §. 1 C. de test. 6, 23.

L. 2. L. 23 C. de fideic. 6, 42.

Die Folgen der Anerkennung lassen sich nun keineswegs auf die speciell genehmigten Punkte beschränken, vielmehr müssen sie sich auf die Verfügungen des Ackermanns Günther in ihrem gesammten Umfange beziehen; und da der Klägerin aus ihrer eigenen Person ein Widerspruchsrecht gegen die Giltigkeit des Testaments nicht zusteht, so ist eine Untersuchung überflüssig: in wie fern sie wegen der von ihr selbst vorgenommenen, auf eine Anerkennung des Testaments hinweisenden Handlungen, nachdem sie die Erbschaft der Wittwe Günther acquirirt hat, den Inhalt des Testaments gegen sich gelten lassen muß? obwohl,

> gleichwie in der Annahme der Erbschaft eines der im Testamente eingesetzten Erben keine Anerkennung des Testaments enthalten, und der Berechtigte hierdurch von der Anfechtung in eigenem Namen nicht ausgeschlossen ist,

L. 3t. §. 2 D. de inoff. test. 5, 2.

derjenige, welcher in dem Testamente mit zum Erben eingesetzt, oder sonst bedacht worden, der Anfechtung aus der Person seines Erblassers nicht verlustig sein möchte, wenn er Erbe dessen geworden, der hierzu berechtigt war.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 19. Dec. 1833, in S. Geemer c. Babsel, bestätigt durch das OAG. am 21. Febr. 1834.

Präjudiz 2.

In dem Bescheid des OAG. zu Wolfenbüttel vom 31. Oct. 1845, in S. Lyncker c. Lüttge, hieß es:

. . . und da

ad grav. 1.

im vorliegenden Falle, wo es sich nicht um Entsagung des Erbrechts, dem zu Beerbenden gegenüber, sondern um Aufgebung der künftigen Erbschaft eines Dritten zum Besten eines Miterben handelt, nur von einem Erbvertrage die Rede sein kann, zu dessen Vollständigkeit die geschehene Acceptation gehört;

ferner einer bloß einseitigen Renunciation, selbst wenn dieselbe eidlich geschehen wäre, und wenn aus dem in der Klage Angeführten die Behauptung eines eidlichen Verzichts hergenommen werden könnte, die vom Kläger in Anspruch genommene Wirkung nicht beizulegen wäre, Kläger auch sonst angeführt hat, daß Verklagte sich gegen seine Ehefrau verpflichtet habe;

übrigens aber es sich von selbst versteht, daß die geschehene Acceptation der Entsagung nicht gerade eine ausdrückliche zu sein braucht, und endlich, wenn die Verklagte — der Ehefrau des Klägers gegenüber — vertragsmäßig der Erbschaft ihres Ehemannes entsagt hätte, dann es der ausdrücklichen Erklärung, daß sie ihrer gesetzlichen Miterbin Alles lassen wolle, nicht noch bedurfte, die Worte in dem Beweisinterlocute: „vielmehr Alles der Ehefrau des Klägers lassen" daher überflüssig erscheinen rc.,

so wird abgeschlagen.

Hierauf decretirte das OAG. zu Wolfenbüttel unterm 22. Dec. 1846 Folgendes:

. . . wird mitgetheilt und

da ad grav. 1.

wenn zu der rechtlichen Wirksamkeit des Verzichts auf eine Erbschaft oder der Ausschlagung derselben es der Acceptation des an die Stelle des Verzichtenden eintretenden Erben nicht bedarf, ein solcher Verzicht doch zu seiner Giltigkeit voraussetzt, daß die Erbschaft bereits deferirt gewesen sei, und der Verzichtende von dem Anfalle Kenntniß gehabt habe, auch wenn in der Folge ein anderer Delationsgrund eingetreten ist, auf diesen der Verzicht nicht bezogen werden kann,

L. 13 pr. §. 1 u. 2. L. 17. L. 23 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.

ebensowenig als die hinzugekommene, an sich überflüssige, eidliche Bestärkung desselben,

C. 20 u. 35 X. de jurejur.

nun aber der angebliche Verzicht der Beklagten schon am Ende des Januar oder im Anfange des Februar 1844 geschehen sein soll, das Testament des Erblassers aber erst am 14. Februar 1844 errichtet, und derselbe am 3. April desselben Jahres gestorben, der Anfall der Erbschaft aus dem Testamente also erst zu dieser letzten Zeit, lange nach dem Verzichte geschehen ist,

so wird abgeschlagen.

II.

Streitig ist, welches die rechtliche Natur der Erbverzichte sei.

Einige halten den Erbverzicht für ein pactum de hereditate tertii, also für Verträge, durch welche sich Jemand zur Herausgabe einer angetretenen Erbschaft verpflichte.

Reyscher, würtemb. P.-R. §. 696.

Andere halten ihn für einen Vertrag, durch welchen sich Jemand dem Erblasser gegenüber verpflichtet, die Delation seiner Erbschaft auszuschlagen.

Albrecht in Schneider's Jahrb. 1842. S. 349.

Andere halten ihn für einen Vertrag (ohne obligatorischen Charakter) über das schon jetzt vorhandene Recht auf ein künftiges Erbrecht, also für ein Geschäft, in welchem der künftige Erbe auf die aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Beschränkungen des künftigen Erblassers verzichtet.

Beseler, Erbverträge III. S. 233.

Gerber, d. P.-R. §. 264. Not. 1.

III.

Wenn bei den Erbverzichten der adeligen Töchter der Vorbehalt auf den ledigen Anfall angehängt ist, so streitet man, ob dann die Regredienterbschaft schon gilt, wenn der Mannsstamm ausstirbt, oder nur, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen hinterläßt.

Einige meinen, der Vorbehalt zum Besten der Regredienterbin werde nur dann wirksam, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen nachlasse.

Mittermaier, d. P.-R. §. 457.

Eichhorn, d. P.-R. §. 349.

Gründler, Polemik §. 666.

Vergl. dagegen

G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 2. Nr 119 u. 163.

Pütter, Rechtsf. Bd. 1. Th. 3. S. 817. Bd. 2.

Th. 1. S. 1. Th. 3. S. 811. Bd. 3. Th. 4. S. 1055.

Ueber die Gründe für und wider diese Ansichten

Beseler, Erbvertr. Abschn. 2. Abth. 2. Cap. 2. §. 27. S. 292 f.

Danz, d. P.-R. Bd. 7. S. 414 f.

Gerber, d. P.-R. §. 264. Not. 5 u. 6 u. §. 251. Not. 2.

IV.

Streitig ist, ob den durch Vertrag abgefundenen Kindern noch ein Intestaterbrecht zustehe.

Einige meinen, wenn die auf solche Weise abgesonderten Kinder keine unabgesonderten zu Concurrenten haben, so verbleibe ihnen allerdings das Intestaterbrecht; und nur durch die unabgesonderten könnten sie davon ausgeschlossen werden, und zwar dergestalt, daß sie auch kein Pflichttheilsrecht weiter in Anspruch nehmen könnten, wenn gleich das Vermögen der Ascendenten sich so vermehrt hätte, daß das Empfangene dem Pflichttheil nicht gleichkomme.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 77.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 899.
Beseler, Erbverträge Abschn. 2. Abth. 2. Cap. 2. §. 28. S. 319 f.

Andere meinen, als Folge des Erbverzichtes trete überhaupt der Verlust der Intestaterbfolge ein.

Stryk, succ. ab intest. diss. VIII. cap. X. Nro. 11 u. 60.

Präjudiz 1.

In dem Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 12. Febr. 1857, in Sachen Timmermann c. Böker, heißt es:

Der Inhalt des mehrgedachten Vertrags ist ein sehr mannigfaltiger: derselbe enthält eine bauerrechtliche Hofabtretung unter Vorbehalt von Leibzucht und Abfindungen, welche die Klägerin nicht nur als Repräsentantin des Cedenten, sondern auch als Mitcedentin verbindet; er enthält außerdem verschiedene acquisitive und renunciative Erbverträge, theils über den mütterlichen, theils über den väterlichen Nachlaß; theils zwischen dem Erblasser und den Erben, theils unter den Miterben unter einander. Nachdem Klägerin über die mütterliche Erbschaft sich mit den Miterben vertragsmäßig auseinander gesetzt und gegen Zusicherung von Geld und Sachen für davon abgefunden erklärt hat, gibt es für sie den Contrahenten gegenüber in Beziehung auf solchen Nachlaß weder eine erbschaftliche Klage irgend einer Art, noch eine Erbschaftstheilungsklage, sondern nur die Möglichkeit der Anfechtung jenes Vertrages. Die väterliche Erbschaft betreffend, so würde der zwischen dem Vater und dem Verklagten abgeschlossene Erbvertrag einer Nullitäts oder — von Verjährung abgesehen — Inofficiositätsquerel der Klägerin,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Th. 38. §. 1425. S. 58 f.

unterliegen können, wenn sie nicht demselben beigetreten wäre. Durch einen solchen Erbverzicht muß nicht nur das Erbrecht überhaupt, sondern auch der Anspruch auf den Pflichttheil verloren gehen.

Mühlenbruch, l. c. S. 75 f.
Beseler, Erbverträge Th. 2. Bd. 2. S. 246 f.
Mittermaier, d. P.-R. II. §. 454 u. 456 ed. 6.

Vergl. Erbverträge Contr. 10.

V.

Streitig ist, ob Enkel auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen können, wenn gleich ihre Eltern der Erbschaft entsagt haben.

Einige meinen, der Verzicht der Eltern binde die Enkel, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Es lasse sich ein Erbrecht bei Lebzeiten des Erblassers denken, da schon im röm. Rechte (L. 21 C. fam. herc. 3, 36) eine Anticipation der Erbfolge beim Geben des Erblassers möglich gewesen, und darum sei denn auch für die Fälle einer solchen Anticipation, noch der Zeit derselben, die Nähe der Erbfolge zu bestimmen.

2) Bei Verträgen entscheide die Zeit des Vertragsabschlusses über den Erwerb des Rechts, und für Erbverträge gelte dasselbe. Sobald also ein Erbvertrag bei Lebzeiten des Erblassers die Gesammtheit seines gegenwärtigen und künftigen Vermögens als Erbschaft an die Erben übertrage, werde die Erbschaft des Erblassers durch Vertrag noch bei dessen Lebzeiten anticipirt; es sei also der Zeitpunkt des Vertrages auch der Zeitpunkt des juristischen Todes des Erblassers. Es erfolge ja auch schon die Uebergabe des Vermögens an den Vertragserben.

3) Die Anerkennung verzichtender Erbverträge habe im neuern Rechte gar nicht geschehen können, wenn man dem Verzichte der nächsten Erben nicht die Wirkung habe beilegen wollen, daß die folgenden Erben dadurch ausgeschlossen würden.

Stryk, de succ. ab int. diss. 8. c. 10. §. 77.
Gönner, über den Begriff eines Notherben S. 17. 79. 83 u. 104.

Andere meinen, nicht von Anticipirung des Erbrechts, sondern nur von der Erbtheilung spreche das römische Recht (L. 21 C. cit.) und ebensowenig heiße es, daß die Zeit der vorgenommenen Theilung der Delation gleichgelte, also auch das Näherrecht danach zu bestimmen sei; vielmehr würde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Abzutheilenden auch wirklich ein Erbrecht haben müßten (L. ult. C. fam. herc. 3, 36). Erbrecht aber an dem Vermögen eines Lebenden sei eine der größten Anomalien, die ohne ausdrückliches positives Gesetz nicht angenommen werden darf. Ebenso beruhe es auf einer Verkennung der Natur des Erbvertrags, wenn man darauf so schlechthin die für gewöhnliche Verträge geltenden Grundsätze anwenden wolle. Der Grundsatz: non datur hereditas viventis gelte auch für Erbverträge, der eigentliche Gegenstand oder Inhalt eines verzichtenden wie eines erwerbenden Erbvertrages sei daher allemal nach dem Zeitpunkte zu bestimmen, wo der Erblasser mit Tode abgehe; dürfte man auch auf die Art argumentiren: weil ein Testirer nur die zur Zeit der Disposition vorhandenen Notherben zu berücksichtigen verpflichtet gewesen sei, so dürfe er sich, wenn dies geschehen, der Giltigkeit seines letzten Willens stets versichert halten, ohne eine Zerstörung desselben durch nachgeborene oder nachrückende Notherben befürchten zu müssen. So wie hier die Giltigkeit des Testaments, so sei auch die der Erbverträge davon abhängig, daß diejenigen die Nächsten bleiben, welche es zur Zeit der Disposition gewesen. Jedenfalls habe die Ansicht, daß der Verzicht der Eltern von den Kindern, welche an ihre Stelle treten, nicht beobachtet zu werden brauche, ihren guten Grund, da ja die Enkel nicht aus

der Person ihrer Eltern, sondern in Folge des ihnen in den Gesetzen gegebenen Erbrechts succediren:

Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. S. 192.
Hommel, Rhapsod. Vol. 1. obs. 55.
Mittermaier, d. P.-R. Bd. 2. §. 456.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. S. 250.
Wolff, gem. deutsch. Privatrecht.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 507.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 94.

und werde aus gleichen Gründen ein Verzicht des nächsten Notherben selbst alsdann nicht verbindend für den entfernteren gehalten, wenn er zwar ausdrücklich auf diesen mit erstreckt sei, ohne daß jedoch dieser Entferntere oder dessen Notherben dabei zugezogen wären.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 94.

VI.

Streitig ist, ob der Verzicht der Kinder alsdann für die Enkel verbindend sei, wenn der Verzicht ausdrücklich auf die Erben der Verzichtenden gerichtet ist, und die Enkel wirklich Erben des Verzichtenden geworden sind.

Einige bejahen dies und halten den Verzicht für bindend, weil ein Erbe die Handlungen seines Erblassers anerkennen müsse.

Stryk, de succ. ab int. diss. 8. c. 10. §. 79.
Cramer, de pacto hereditario renunciativa filiae nobilis tr. §. 52.

Andere halten dafür, daß z. B. das Notherbenrecht des Enkels im großväterlichen Vermögen durch den Erbverzicht seines Vaters auch dann nicht ausgeschlossen werden könne, wofern er nicht in der väterlichen Erbschaft nach Abzug der legitima noch den vollen Werth des großväterlichen Erbes finden sollte, und von seinem Vater gehörig zum Erben eingesetzt sei, mit der Auflage, an die großväterliche Erbschaft keinen Anspruch zu machen, arg. L. 17. §. 1. L. 27. §. 8—10 D. ad SC. Trebell. 36, 1. Es könnten deshalb die Kinder nur zur Collation desjenigen, was ihr parens bei Gelegenheit des Erbverzichts aus dem großelterlichen Vermögen erhalten, angehalten werden.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 507.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 94.

Exheredation, s. querela inoff. testam. c. 22. desgl. Verlust der Erbschaft zur Strafe; desgl. Testamente, deren Inhalt c. 7.

Eröffnung der wechselseitigen Testamente, s. wechselseitiges Testament c. 13.

Erwerb des Erbrechts.

v. Döring, Lehre von der Erwerbung der Erbschaft nach heut. röm. Rechte (1839).
Emminghaus im civil. Archiv Bd. 24. S. 38 f.
v. Vangerow, Pand. §. 498 f.
Sintenis, Civile. §. 183 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 289 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 1 f.

I.

Streitig ist, ob der Erwerb des Erbrechts auch durch Stellvertreter geschehen könne.

Einige meinen, nach Justinianischem Rechte habe der in L. 90 pr. D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2 ausgesprochene Satz: per procuratorem hereditatem acquiri non posse (vergl. L. 77 D. de reg. jur.) praktische Giltigkeit. Man müsse also immer in eigener Person antreten und könne dies nicht per procuratorem. Es sei indessen möglich, daß in dem Auftrage schon eine genügende Erklärung liege, und auf diese Weise, da jede deutliche Erklärung hinreiche, die Antretung bewirkt werde, cf. L. 26 D. de acquir. hered. 29, 2.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 502.
Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 9. §. 5.
Puchta, Lehrb. §. 490. Not. f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 409.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 735.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 4 S. 17.

Andere meinen, daß mit höchster Wahrscheinlichkeit schon nach Justinianischem Rechte der Erbantritt durch Stellvertretung möglich gewesen sei. Denn in der L. 77 D. de reg. jur. sei von der Stellvertretung gar nicht die Rede, und die L. 90 cit. sei nicht beweisend, weil diese Stelle mit der L. 89 eod. in Verbindung stehe, dort aber von Pupillen die Rede sei, und anstatt „procuratorem" in L. 90 die Florent. „curatorem" lese. Für die heutige Praxis sei aber an der Zulässigkeit des Erwerbs der Erbschaft durch Stellvertreter gar nicht zu zweifeln.

Leist, bonor. poss. Bd. 2. Abth. 2. S. 325.
Sintenis, Civile. §. 183. Not. 28.
Schweppe, röm. P.-R. §. 837.
Braun, Dictate zu §. 718.

Präjudiz 1.

Der Hausmann Joh. v. Borstel war ohne Testament mit Hinterlassung eines nicht unbedeutenden, wenn gleich nicht unverschuldeten Hofes gestorben. Die für die nachgebliebenen vier Kinder zur Vormünderin bestellte Mutter setzte die Verwaltung des Hofes fort und errichtete dann eine letztwillige Verfügung, worin sie ihre Kinder zu Erben einsetzte, ihrem Sohne Paul aber den väterlichen Hof für eine Annahmesumme von 3000 Thlr. zuwandte. Der für die eine noch minderjährige Tochter ernannte Vormund trat für diese die Erbschaft, unter Anerkennung des mütterlichen Testaments, an. Später, nach erlangter Volljährigkeit, verlangte diese Tochter von ihrem gedachten Bruder die Herausgabe des vierten Theils des von dem Vater herrührenden Hofes cum fructibus perceptis et percipiendis, ohne indessen anzugeben, ob sie die hereditatis petitio oder eine rei vindicatio angestellt haben wolle. Sie stützte ihren Anspruch darauf, daß die Verfügung der Mutter über den väterlichen Hof schon mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Vormünderin eine nichtige sei; daß ferner die Ungiltigkeit jener Disposition auch aus einem Vergleiche des ihr selbst letztwillig Zugewandten zu dem Werthe des fraglichen Hofes zu folgern sei*); daß endlich der durch ihren Vormund, ohne ihren Beitritt und ohne vorgängiges decretum de alienando, erfolgten Anerkennung des mütterlichen Testaments eine sie verpflichtende Wirkung nicht beigelegt werden könne**).

Oberstrichterlich wurde entschieden, daß der Beklagte — abgesehen von einem besondern, hier nicht in Betracht kommenden Beweise — schuldig sei, den der Klägerin schuldigen Intestatantheil an dem fraglichen Hofe nebst näher bestimmten Früchten zu restituiren. Diese Entscheidung stützte sich auf folgende Motivirung:

Die Mutter beider Theile konnte durch eine Auflage an ihre Erben über das diesen schon zu Theil gewordene väterliche Vermögen Dispositionen treffen, welche in dieser Hinsicht als **Vermächtnisse** für den Bedachten zu betrachten waren. In-

*) Vergl. Mühlenbruch, Pand. (3. Aufl.) Th. 3. §. 741, namentlich die in Note 4 angeführten Stellen.
**) Vergl. Mühlenbruch das. §. 700. 2 b; auch fr. 5. §. 8 de rebus eorum 27, 9.]

dessen hätte jedenfalls eine Antretung der mütterlichen Erbschaft, in Gemäßheit des mütterlichen Testaments, seitens der Klägerin erfolgen müssen, falls diese den Anordnungen ihrer Mutter nachzukommen verpflichtet werden sollte.

Diesem Erfordernisse ist nun aber durch die Erbschaftsantretung und Anerkennung des Testaments von Seiten des klägerischen Vormundes nicht genügt, weil, wenn auch nach heutigem Rechte der letztere zur Antretung der Erbschaft für seine Curandin für wohl befugt zu halten wäre*), dennoch im vorliegenden Falle zu dem fraglichen Acte — welcher für die Klägerin einen Verzicht auf ihren Antheil am väterlichen Hofe, also eine Veräußerung enthielt — ein decretum de alienando erforderlich war, dessen Erlassung vom Beklagten nicht behauptet ist.

Was die Natur der angestellten Klage betrifft (die Entscheidung hierüber war von Einfluß auf die der Klägerin zuzubilligenden Früchte ꝛc.), so ist, in dem Betracht, daß über der Klägerin Erbrecht überall kein Streit ist, und daß Beklagter nicht als Erbe oder Besitzer, sondern in Folge der ihren Erben gemachten Auflage der Mutter über das väterliche Vermögen, also auf den Grund eines Legats, eines Specialtitels, den klägerischerseits in Anspruch genommenen Theil dieses Vermögens zu besitzen behauptet, nicht eine hereditatis petitio, sondern eine rei vindicatio als angestellt anzusehen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 6. Oct. 1846, in S. der Ehefrau v. Bargen, geb. v. Borstel, c. Paul v. Borstel, in pto. hereditatis.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 311.

*) Das vorinstanzliche Gericht hatte angenommen, daß die ohne Einwilligung der Klägerin durch deren Vormund geschehene Antretung der Erbschaft, ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen zufolge, ohne rechtliche Wirkung sei.

Präjudiz 2.

Durch Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 13. Juni 1837, in Sachen Bahns c. Minderlein, ward für Recht erkannt, daß, da ad grav. 1.

1) der Anfall der Erbschaft des verstorbenen Chirurgen Bahns an dessen abwesenden Sohn anzunehmen ist, indem es nach dem hiesigen gleichförmigen Gerichtsgebrauche feststeht, daß das Leben des Abwesenden bis zum geführten Beweise seines Todes rechtlich zu vermuthen, und daß erst das 70. Jahr als der Zeitpunkt seines erfolgten Todes anzunehmen sei;

2) dem für den Abwesenden bestellten Curator das Recht, eine demselben angefallene Erbschaft anzutreten, jetzt beigelegt werden muß, indem a) der Grundsatz des römischen Rechts, daß die Antretung einer Erbschaft durch einen Curator nicht geschehen könne, lediglich in den antiquirten Bestimmungen desselben beruht, welche, sowie sie überhaupt die Befugniß, durch einen Anderen sich repräsentiren zu lassen, sehr beschränkten, namentlich bei jedem actus legitimus — und ein solcher war die Erbschaftsantretung — unbedingt jede Art von Stellvertretung ausschlossen, weshalb denn z. B. auch Vormünder die ihren Pflegebefohlenen angefallenen Erbschaften nicht antreten konnten, sondern bei desfallsigen Handlungen die Pflegebefohlenen selbst zuziehen mußten, jener Grundsatz daher dem curator absentis ebensowenig entgegensteht, als er bei anderen Fällen der Stellvertretung, namentlich der Vormundschaft, noch in Anwendung gebracht wird; b) der curator absentis, wenn gleich nach römischem Rechte seine Thätigkeit auf eine bloße custodia und cura bonorum beschränkt sein mochte, doch gegenwärtig in Beziehung auf die active und passive Repräsentation des Abwesenden schon gemeinrechtlich eine ganz andere Stellung einnimmt, namentlich seine Befugniß, in Processen für den Abwesenden klagend und als Beklagter mit voller rechtlicher Wirkung zu handeln, welches mit den strengen altrömischen Begriffen ebenfalls nicht vereinbar war, angenommen wird, dieses aber auch nach dem Particularrechte noch weniger einem Zweifel unterliegt, welches, weit entfernt, den curator absentis auf eine bloße custodia zu beschränken, ihn in Bezug auf Verwaltungs- und Veräußerungs-, natürlich also auch in Bezug auf Erwerbungsbefugnisse, dem curator minorum völlig gleichstellt, und alle für diesen gegebenen Vorschriften ohne Weiteres auf jenen anwendbar erklärt.

Verordn. vom 3. Febr. 1814. §. 31.

auch in gewisser Beziehung die Repräsentation auch der Person des Abwesenden durch den Curator anerkennt,

Verordn. vom 5. Jan. 1824. §. 3.

somit aller Grund hinwegfällt, dem Curator die Befugniß abzusprechen, auch eine dem Abwesenden anfallende Erbschaft für denselben anzutreten, zumal der Abwesende gegen etwaige, daraus hervorgehende materielle Verluste durch das beneficium inventarii und restitutionis gesichert bleibt;

3) der curator absentis, sowie er hiernach überhaupt die Rechte des Abwesenden auf eine demselben angefallene Erbschaft verfolgen und diese sich für seinen Pflegebefohlenen aneignen kann, ermächtigt sein muß, ein Testament, worin derselbe gesetzwidrig enterbt oder übergangen war, anzufechten, natürlich also auch in geeigneten Fällen auf Ergänzung des Pflichttheils zu klagen, welchem gemäß auch früher bereits von dem hiesigen höchsten Gerichtshofe entschieden ist,

das kreisgerichtliche Erkenntniß vom 1. November dahin abgeändert werde, daß die dem Kläger opponirte Einrede der fehlenden Legitimation als unbegründet zu verwerfen.

Das OAG. stellte das kreisgerichtliche Erkenntniß unterm 10. Juli 1838 wieder her, aus folgenden Gründen:

Der Anfall einer Erbschaft setzt voraus, daß derjenige, dem die Erbschaft anfällt, den Erblasser überlebt habe.

Wenngleich ein Verschollener, bis dessen Tod erwiesen worden, oder derselbe das 70. Lebensjahr erreicht hat, rechtlicher Vermuthung nach für lebend zu halten ist, so gilt diese Vermuthung doch nur in Rücksicht auf die von ihm vor seiner Entfernung erworbenen und zurückgelassenen Güter, welche bis dahin unter öffentlicher Aufsicht für ihn aufzubewahren und zu verwalten sind, nicht aber auch rücksichtlich auf seine Person und auf seine persönlichen Verhältnisse, aus welchen Erwerbungen möglich sind. In Ansehung dieser tritt bis zu jenem Zeitpunkte weder für das Leben noch für den Tod eine rechtliche Vermuthung ein, sondern wer auf das eine oder andere einen Anspruch gründet, muß den Beweis führen. Deshalb kann auch der, welcher für den Verschollenen eine Erbschaft antreten will, dazu vor dem Beweise des Lebens desselben nicht gelassen werden.

Auch ist die Willenserklärung desjenigen, dem die Erbschaft angefallen ist, zu der Antretung erforderlich; der nicht die Person des Abwesenden, sondern nur das von demselben zurückgelassene Vermögen vertretende Curator ist aber in dieser Eigenschaft auch zu solcher Willenserklärung nicht befugt.

Wäre in des Erblassers Testamente dem Verschollenen, statt daß ihm bloß dasjenige, was er empfangen, mit der Bestimmung, damit sich zu begnügen, als sein Erbtheil angerechnet worden, ein aus dem Nachlasse noch zu verabfolgender Erbtheil ausgesetzt, also wirkliches Vermögen für ihn, falls er noch lebte, vorhanden, so würde dem Curator der einstweilige Besitz und die Verwaltung dieses Vermögens, jedoch nicht dessen definitiver Erwerb zu verstatten sein; — ein solcher Vermögensanfall ist jedoch nicht erfolgt. Sehr verschieden davon ist die von dem Appellanten erhobene Klage auf Ergänzung des Pflichttheils — ein auf unsichere Voraussetzungen — wie nicht nur des Lebens und des Willens des Verschollenen, sondern auch der wirklichen Verkürzung im Pflichttheil — gegründeter Anspruch, dessen Verfolgung dem Verschollenen selbst gegen diejenigen, mit welchen er zu dem Nachlasse concurrirt, wie die Verfolgung etwaiger ähnlicher Ansprüche, eventuell zu überlassen ist.

Diese gemeinrechtlichen Grundsätze haben weder durch die im vorigen Erkenntnisse in Bezug genommenen speciellen particularrechtlichen Dispositionen, welche nur das von dem Verschollenen zurückgelassene Vermögen betreffen, noch sonst auf rechtsbeständige Weise in den Herzogl. Braunschweigischen Landen eine Abänderung erlitten, deshalb ꝛc.

II.

Streitig ist, ob, wenn der Stellvertreter ohne Auftrag die Erbschaft angetreten hat, eine Ratihabition des Erben auch für die Vergangenheit wirke.

Einige bejahen dies, weil der Erbe durch die Ge-

nehmigung seinen Willen: Erbe zu werden, zu erkennen gebe, dies aber zur Erbschaftsantretung genüge.

H. Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 9. §. 5.
Sintenis, Civilr. §. 183. Not. 28.

Andere meinen, so verständig die gegentheilige Ansicht auch sei, so stimme sie doch nicht mit den Aeußerungen der Gesetze — L. 6. §. 1. L. 25. §. 7 de acquir. hered. 29, 2. L. 65 pr. D. ad SC. Trebell. — überein. Diese Gesetze schrieben vielmehr vor, daß die Genehmigung nur als ein Auftrag für die Zukunft gelte, für die bereits in der Vergangenheit liegenden Handlungen aber ohne Bedeutung sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 412.
Puchta, Vorles. II. S. 393.

III.

Streitig ist, ob Minderjährige, welche unter Curatel stehen, allein antreten dürfen.

Einige meinen, der bevormundete minor könne die Erbschaft selbständig antreten. Denn ein Gesetz über die Nothwendigkeit des Consenses des Curators bestehe nicht, ja man könne sich im Gegentheil auf L. 1. §. 13 u. 14 D. ad SC. Trebell. berufen, wonach ein Minderjähriger selbständig seinem Curator ein Erbschaftsfideicommiß restituiren dürfe.

H. Sacria, repet. lect. civil. c. 41.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 420 f.

Andere meinen, der Minderjährige dürfe nicht allein antreten, bedürfe vielmehr des vormundschaftlichen (oder obervormundschaftlichen) Consenses, L. 9. §. 3 D. de auct. tut. 26, 8. L. 9 D. de acquir. hered. 29, 2. L. 5 C. de jure delib. 6, 30.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 500.
Donellus, Comm. lib. 7. cap. 9. §. 7.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 34. §. 25.
Höpfner, Instit. §. 543. Nr. 4.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1444. Nro. 3.
Günther, princ. jur. civ. §. 832. Nro. II. 4.

Andere meinen, der minor könne zwar in eigener Person die Erbschaft antreten, aber die dadurch übernommenen Schulden brauche der Curator desselben, welcher seine Zustimmung nicht gegeben habe, nicht anzuerkennen. L. 12 C. de jure delib. 6, 30. L. 8. §. 1 C. de bonis quae lib. 6, 61.

Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 2. S. 286.
Savigny in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 10. S. 268.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 12.

Andere meinen, die Anwendung des römischen Rechts in Deutschland, besonders in Folge der Modification der vormundschaftlichen Regeln über die allgemeine Handlungsfähigkeit und Vertretung des Bevormundeten bis zur Volljährigkeit durch den Vormund, habe die römischen Bestimmungen über alle Stufen des minderjährigen Alters überhaupt hinweggeführt, so daß jetzt der Satz aufzustellen sei: Bevormundete Minderjährige vertritt beim Erbschaftserwerbe wie bei allen andern ihr Vermögen betreffenden Angelegenheiten der Vormund.

Sintenis, Civilr. §. 183. Not. 10.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 439 u. 442.
Leist, bonor. poss. Bd. 2. Abth. 2. S. 315.

Gropp in Heise's jurist. Abhandl. Bd. 2. S. 167.
Mühlenbruch, Pand. §. 592 a. E.
v. Savigny, System Bd. 3. S. 81.
Schweppe, röm. P.-R. §. 839.

Präjudiz 1.

Im Oct. 1851 ist vom OAG. zu Oldenburg (in S. Reimer's Concurs) angenommen, daß nach heutigem Rechte der Hausvater für seine minderjährigen Hauskinder, auch wenn sich dieselben nicht mehr in der Kindheit befinden, eine Erbschaft antreten könne.

Archiv für die Praxis des oldenb. Rechts Bd. 5. S. 183.

Auch der Abwesenheitsvormund kann nach heutigem Rechte, gleich dem Vormunde eines Minderjährigen, die demselben angefallene Erbschaft antreten.

Oldenb. Verordn. v. 1844. §. 3.
(Vergleiche Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 346.)

Die Consequenz würde nun freilich erfordern, dem Curator eines Wahnsinnigen eine gleiche Befugniß einzuräumen. Allein die Consequenz erforderte dies auch schon im römischen Rechte; denn welcher Unterschied ist in Beziehung auf die Fähigkeit der Willensäußerung zwischen einem infans oder einer juristischen Person und einem furiosus? Wenn demnach das röm. Recht für die einem furiosus angefallene Erbschaft etwas ganz Singuläres eingeführt hat, welches einerseits weder für die einem infans oder einer juristischen Person, noch andererseits für die einem minor infantia major oder einem Abwesenden angefallene Erbschaft galt, so erscheint eine Ausdehnung von dem in den letzteren Fällen jetzt geltenden Rechte auf den ersteren Fall als unzulässig.

Erk. des OAG. zu Oldenburg vom 5. März 1853, in S. Jürgs c. Boiken.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 69.

Präjudiz 2.

In dem Bescheid des OLG. zu Wolfenbüttel vom 17. Oct. 1844, in A.-S. Nehring c. Wiedebusch*), war ausgeführt:

... wird zum Bescheide ertheilt, daß,

da von den Klägern zwar behauptet ist, daß die Erbschaften der Gebrüder Gustav und Hanno Nehring von Seiten deren Halbschwester Elise Nehring oder den Vormündern der letzten angetreten seien; diese allgemeine Behauptung jedoch in Ermangelung bestimmter Angaben hinsichtlich der näheren Umstände, der Zeit der Antretung, und,

weil ein Kind selbst nicht, und ein Unmündiger nur unter Autorität des Vormundes zur Erbschaftsantretung befähigt ist,

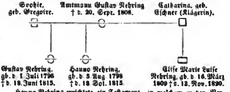
L. 18. §. 2 u. 4 C. de jure deliberandi 6, 30.

der Personen, von welchen solche geschehen sein soll, zum Beweise nicht ausgestellt werden kann, zumal die Antretung zu ihrer Wirksamkeit erfordert, daß der Antretende nicht nur von der Delation der Erbschaft, insbesondere vom Tode des Erblassers, sondern auch von der Art und dem Grunde der Delation unterrichtet gewesen ist,

§. 7 Inst. de hered. qualit. 2, 19.
L. 22. L. 32. L. 46. L. 57 pr. L. 93 pr. D. de acquir. hered. 29, 2.

in allen diesen Beziehungen aber schwankende und widersprechende Erklärungen gemacht sind; überdies dem Vorbringen der Kläger, daß die Erbschaften schon vor dem im Nov. 1820 erfolgten Tode der Elise Nehring angetreten seien, entgegen-

*) Das Verwandtschaftsverhältniß geht aus folgendem Stammbaum hervor:



Hanno Nehring errichtete ein Testament, in welchem er den Beklagten als Erben einsetzte.

steht, daß nach der Zeit bis zur Erhebung der Klage im Jan. 1841 überall keine Schritte behuf Geltendmachung des Erbrechts und Erlangung der Erbschaftssachen gethan worden; und daher jenes Vorbringen durch gehörige Darlegung der einschlägigen Thatsachen genau zu substantiiren, den Klägern um so mehr obgelegen hätte.
das Rechtsmittel abgeschlagen werde.

Dieser Bescheid wurde durch den Bescheid des OAG. vom 3. Juli 1846 bestätigt aus folgenden Gründen:

Die Kläger und Appellanten gründen den erbrechtlichen Anspruch ihrer Erblasserin an den Nachlaß der Brüder Gustav und Hanno Nehring:

A. auf die von Seiten der Elise Nehring und auch von deren Mutter, Erblasserin der Kläger, geschehene Antretung der Erbschaft.

Allein die Antretung der Erbschaft betreffend — mag in Ansehung der Elise Nehring, geboren den 16. März 1809 und gestorben den 13. Nov. 1820, welcher die Erbschaft ihrer Halbbrüder Gustav, gestorben den 18. Juni 1815, und Hanno, gestorben den 18. Sept. 1815, angefallen sein soll, die Zeit ihrer Kindheit oder ihrer Impubertät berücksichtigt werden, — so konnte die Antretung der Erbschaft nach römischem Rechte von ihr, deren Vater bereits am 20. Sept. 1808 gestorben war, immer nur unter Beistand ihres, eventuell vom competenten Gerichte hierzu bestellten Vormundes,

L. 9 D. de acquir. vel omitt. hered.
L. 18. §. 4 C. de jure deliber.
L. 8. §. 1 C. de bonis quae liber.

deutschrechtlich aber von dem obrigkeitlich bestellten Vormunde,

R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

allein geschehen, und zwar nur auf den Grund ihres Intestaterbrechts in der Voraussetzung der Ungiltigkeit des Testaments des Hanno Nehring, welches erst in Folge der Antretung der Erbschaft von ihr angefochten werden konnte, das also diese zu verhindern nicht vermochte.

Auch ihre Mutter würde, falls das Erbrecht der Tochter auf sie transmittirt worden wäre, zu gehöriger Zeit die Erbschaft haben antreten können.

Die Antretung ist nun zwar von der Klägerin behauptet, in welchem Maße jedoch dieselbe von Seiten der Elise Nehring, oder von ihrer Mutter, der Klägerin, geschehen sei, ist von dieser „deutlich, distinct und klar", so daß auf gleiche Weise der Beklagte antworten konnte, wie der

T.-R.-A. v. 1654. §. 34 u. 37.

und auch

die Braunschw. Hof-Ger.-Ord. v. 1663. Tit. X. Abschn. „Es sollen auch ꝛc."

erfordern, nicht angeführt, weder in der Klage noch in den nachherigen Verhandlungen, sondern es ist die Antretung beharrlich nur in allgemeinen, unbestimmten und schwankenden Aeußerungen darüber, und dazu im geraden Widerspruche fol. act. 1mae inst. 5 b, 32 b u. 53 mit wiederholten bestimmten Erklärungen, daß weder Elise Nehring oder deren etwaige Vormünder, noch auch ihre Mutter, die Klägerin, und zwar diese bis $^1/_2$ Jahr vor Anstellung der Klage, Nachricht von dem Anfalle der Erbschaft erhalten haben, behauptet worden.

Wenn nun auch nach der Eventual-Maxime die streitenden Theile nicht bloß die Vertheidigungs-, sondern auch die Angriffsmittel sämmtlich eventuell vorzutragen haben, so darf dies doch nicht auf eine der Vorschrift jener Gesetze, auf welchen auch die Eventual-Maxime selbst hauptsächlich beruht, zuwiderlaufende Weise, sondern es muß ihr gemäß geschehen; am wenigsten ist es aber für den Kläger als angreifenden Theil statthaft, dieselben, eigene Handlungen enthaltenden Thatumstände, durch welche, wie hier, die Kunde von der Delation, die zum Klaggrunde gehörige Antretung bedingt wird, nach verschiedenen Zwecken einmal bestimmt zu leugnen, und dann wieder, obwohl stets nur allgemein und unbestimmt, zu behaupten. Es ist daher mit Recht diese Behauptung, die schon wegen ihrer vagen Beschaffenheit an sich ebenso unzuläsig wie unglaubhaft ist, durch jenes Leugnen als aufgehoben zu betrachten und zu einer Beweisauflage um so weniger weiter zu berücksichtigen gewesen, als in deren Folge der Beklagte von dem durch das Armenrecht kostenfreien Gegner fortwährend in einem dem Beklagten allein kostspieligen, durch der Appellanten unstatthaftes Verfahren einer sicheren Grundlage ermangelnden und daher weit aussehenden Prozesse widerrechtlich umgetrieben werden könnte.

C.-G.-O. v. 1555. Tit. XLI.
Deput.-Absch. v. 1600. §. 8 f.
Braunschw. Canzlei-Ord. Art. 31.

IV.

Streitig ist, ob ein prodigus die Erbschaft antreten könne.

Einige meinen, der erklärte Verschwender könne nur mit Einwilligung seines Curators die Erbschaft giltig antreten, weil die Antretung nicht bloß Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten zur Folge habe, und der erklärte Verschwender solche nicht ohne seinen Curator rechtsgiltig eingehen könne, arg. L. 5 D. de reg. jur., und in der L. 5. §. 1 D. de acquir. hered. 29, 2 wolle Ulpian nicht etwa sagen, der prodigus könne Erbschaften selbständig erwerben, sondern nur den Unterschied hervorheben, der sich in dieser Hinsicht zwischen dem prodigus und dem furiosus finde, mit welchem er sonst zusammengestellt werde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 432.
Schweppe, röm. P.-R. §. 839.
Reinold, variorum ad jus civ. pertin. lib. sing. cap. 1. in opusc. jur. p. 53 sq.
Voet, P. 29. 2. §. 9.
Pothier ad L. 5. §. 1. 29. 2. Nro. 32.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 500.

Andere meinen, der prodigus könne zwar in eigener Person die Erbschaft antreten, aber die dadurch übernommenen Schulden brauche der Curator desselben, welcher nicht seine Zustimmung gegeben, nicht anzuerkennen, L. 5. §. 1 D. de acquir. hered. 29, 2, vergl. mit L. 12 C. eod. L. 8. §. 1 C. de bon. quae lib. 6, 61.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 12.
Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 1. S. 140.

Vergl.

Sintenis, Civilrecht Bd. 1. §. 17. Not. 38.

Siehe auch das Präj. 1 der vorigen Contr.
Vergl. testamenti factio activa c. 12.

V.

Streitig ist, ob der Vater die Erbschaft für sich erwerben könne, wenn der in väterlicher Gewalt befindliche furiosus im Zustande des Wahnsinns stirbt.

Einige behaupten dies, unter Berufung auf L. 8 C. de bonis quae liber. 6, 61.

Frehse (Beckmann), de acquis. hereditatis dementi delatae §. 32. p. 86.

Andere meinen, es widerstreite dies den bekanntesten Grundsätzen über Anwendung singulärer Rechtssätze, wohin doch das dem Vater gestattete Erwerbsrecht unstreitig gehöre.

Koch, bonor. poss. §. 7. S. 95.
Weber zu Höpfner §. 543. Not. 8.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 455. Not. 26.

VI.

Die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder erwerben die Erbschaften mit Zustimmung des Vaters.

Streitig ist, wie es gehalten werde, wenn der Vater die Zustimmung verweigert.

Einige meinen, wenn der Vater die Zustimmung zum Erwerbe der Erbschaft verweigere, so supplire die Obrigkeit solche Zustimmung, und für den Fall, daß das Hauskind noch minderjährig sei, müsse zur Verwaltung der Erbschaft ein Curator erbeten werden, L. 8 pr. und §. 1 de bon. quae lib. 6, 61.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 231 f.

Andere meinen, wenn der Vater den Erwerb ablehne, so mache das Kind allein den Erwerb vollständig, es werde ihm aber dazu ein besonderer Vormund bestellt,

Sintenis, Civilr. §. 141. S. 151 f.
Schweppe, röm. P.-R. §. 838.
Wening-Ingenheim, Civilr. §. 500.

und in diesem Falle erlange auch der Vater nicht den Nießbrauch und die Verwaltung der Erbschaft, oder doch die letztere, wenn er sich ihr unterziehen wollte, nur insofern, als das Kind noch eines Beistandes bedürfe, zu welchem Zwecke ihm ein Curator gegeben werde.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 14.

Vergl.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 8. S. 100 f.
Hunger, Erbrecht §. 145.

VII.

Stirbt der Wahnsinnige, welchem eine Erbschaft deferirt worden, im Wahnsinne, so streitet man, ob diese Erbschaft an die Intestaterben des Erblassers, oder an die Miterben falle, die bisher durch die Existenz des Wahnsinnigen ausgeschlossen waren.

Einige meinen, wenn einem wahnsinnigen extraneus eine Erbschaft deferirt sei, der Curator desselben die bonor. possessio agnoscirt habe, und der Wahnsinnige dann im Wahnsinn verstorben sei, so könne unter keiner Voraussetzung von einem Anwachsungsrechte der Miterben die Rede sein, sondern in allen Fällen, möge der Wahnsinnige Miterben gehabt haben oder nicht, hätten, wenn keine Substituten vorhanden sind, die Intestaterben des Erblassers einen ausschließlichen Anspruch auf die dem Wahnsinnigen zugefallene Erbportion. — Die Gründe für diese Ansicht beruhen auf Interpretation der L. 7. §. 8 C. de curator. furios. 5, 70, wo nicht von der Erbschaft, sondern gerade im Gegensatz davon, von Legaten und anderen Erwerbungen die Rede sei.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 30. S. 11 f.

Fast alle übrigen Rechtslehrer meinen, die Erbschaft falle nicht an die anderweiten Intestaterben des Erblassers, die bisher durch die Existenz des Wahnsinnigen ausgeschlossen wären, sondern, wenn keine Substituten vorhanden seien, jure accrescendi an die Miterben des Wahnsinnigen, denen die Erbschaft ohne seine Concurrenz würde zugefallen sein, und nach der bekannten Regel: portio portioni accrescit schade es auch nichts, wenn der Miterbe schon vor dem Wahnsinnigen verstorben sei, so daß also in diesem Falle auch die Erben des Miterben an die Reihe kämen. Denn wenn der Wahnsinnige im Wahnsinne versterbe, so werde es zur Gewißheit, daß der Wahnsinnige nicht Erbe werden könne, und es müßten also nun die Grundsätze zur Anwendung kommen, welche überhaupt für den Fall gelten, wenn ein berufener Erbe weggefallen sei, ohne die deferirte Erbschaft erworben zu haben.

Böhmer, auserlef. Rechtsfälle Bd. 2. S. 256.
Rotermund, de success. furios. delat. §. 8.
v. Löhr im civil. Archiv Bd. 5. S. 118.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 77.
Heise u. Cropp, jurist. Abh. Bd. 2 S. 170.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 305.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 450.
Schweppe, röm. P.-R. §. 845.
Mackeldey, Lehrb. §. 684.
Thibaut, System §. 869.
Seuffert, Lehrb. §. 567.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 519.
Göschen, Lehrb. §. 954.
Puchta, Pand. §. 520.

VIII.

Streitig ist, ob dem Wahnsinnigen die Erbschaft eines Ascendenten, also auch der Mutter, ingleichen dem vor dem Tode seines Vaters sui juris gewordenen Wahnsinnigen, ipso jure zufalle.

Einige bejahen dies unter Berufung auf L. 7. §. 2 C. de curat. fur. 5, 70, wo ausdrücklich bestimmt sei: sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, und daß die Erbschaft der „parentum" dem Wahnsinnigen ipso jure zufalle.

Richter, varisr. jur. dec. D. 41. Nro. 24.
Stryk, success. ab int. diss. 9. c. 7. §. 24.
Müller ad Struv. exerc. 37. th. 3.

Andere meinen, jene Auslegung der L. 7 cit. scheitere schon daran, daß Justinian dann eine sehr bedeutende Veränderung des bis dahin geltenden Rechts eingeführt haben würde, während er sich doch ausdrücklich für seine Entscheidung auf das ganz unzweifelhaft frühere Recht berufe, und überdies gehe aus den Endworten der L. 7 cit. hervor, daß Justinian hier wirklich nur von einem suus heres spreche. Die anstößigen Worte sin vero perpetuo furiosus sui juris sit ständen damit nicht in Widerspruch, indem sie, im augenscheinlichen Gegensatze zu dem im princ. behandelten Falle, quum furiosus in sacris parentis sui constitutus est, den anderen Fall ausdrücken sollten, wenn der Wahnsinnige im Augenblicke des zu machenden Erwerbes sui juris sei, und diese Voraussetzung passe doch offenbar auch auf den suus heres, indem dieser ja durch den Tod seines Vaters sui juris geworden sei.

Frebse, de sequis. hereditatis dementi delatae §. 28. p. 72.
v. Löhr im civil. Archiv Bd. 5. S. 116.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 454.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 30. S. 2.

IX.

Streitig ist, ob die bonorum possessio dadurch schon in ein unwiderrufliches Erbrecht verwandelt werde, daß der furiosus, nachdem er gesund geworden ist, von dem Geschehenen Kunde erhalten hat und stirbt, ohne sich erklärt zu haben.

Einige meinen, wenn der furiosus wieder zu Verstande komme, so könne er die Erbschaft, wenn er wolle, repudiiren. Thue er dieses nicht, so verbleibe sie ihm unwiderruflich. Sterbe er aber im Blödsinn, so habe die honor. poss. natürlich keine Wirkung; die Erbschaft müsse cum fructibus an denjenigen herausgegeben werden, der sie bekommen hätte, wenn der furiosus nicht da gewesen wäre. L. ult. §. 8 u. 9 C. de curat. fur. 5, 70.

Höpfner, Instit. §. 543.
Sande, dec. lib. 4. def. 8. §. 9.
Schweppe, röm. P.-R. §. 845.

Andere meinen, jene Ansicht sei nicht zu rechtfertigen; denn wenn sie auch die Worte des Gesetzes für sich zu haben scheine, so sei doch der Zweifel nicht zu lösen, welcher nothwendig darüber entstehen müsse, ob der ehemalige furiosus die Sache nicht bloß in Ueberlegung gezogen habe. Jedenfalls werde daher, um jene Wirkung mit dem bloßen Stillschweigen verknüpfen zu können, erfordert werden müssen, daß es unter solchen Umständen erfolgt sei, welche den Schluß rechtfertigen: qui tacet, quum loqui potuisset et debuisset, consentire videtur.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 453.
Mackeldey, Lehrb. §. 684. Nr. 4 b u. Not. o.

X.

Streitig ist, ob die Antretung der Erbschaft unter einer Bedingung geschehen könne.

Einige bejahen dies.

Steyk, usus mod. tit. de acq. vel om. her. §. 8.
Leyser, spec. 370. med. 9.

Andere verneinen dies.

Wernher, lect. comm. ad P. 29. 2. §. 12.
Müller ad Leyser. obs. 573.
Höpfner, Instit. §. 545.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 419.

XI.

Streitig ist, ob nach oder vor der Concurseröffnung dem Gemeinschuldner die Befugniß zustehe, eine ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen.

Einige verneinen dies, und halten die Gläubiger berechtigt, sowohl eine solche Ausschlagung anzufechten, als auch selbst anstatt des Schuldners die Annahme der Erbschaft wirksam vorzunehmen.

Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurse S. 460.
und die bei Geiger u. Glück Bd. 3. Nr. 43. §. 7 aufgef. älteren Schriftstellen.

Andere bejahen die Frage, weil die actio Pauliana bei Ausschlagung einer Erbschaft nicht begründet werde, L. 6 pr. §. 1 u. 2 D. quae in fraud. cred. L. 143 de reg. jur., und weil man nur ausschlagen könne, was man in bonis habe, und zu dessen Schutze eine Klage oder Einrede zustehe, L. 52 D. de acquir. rer. dom., hierzu aber eine Erbschaft nicht gehöre, L. 154 de verb. sign. L. 1 pr. de rer. divis., und endlich, weil die Nov. 135 nicht glossirt sei.

Hugo, Pand. §. 142. (5. Ausg.)
Geiger u. Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 3. Nr. 43. §. 7.
Schweppe, System des Concurses §. 38.

Thibaut, System §. 1026.
Puchta, Lehrb. §. 771.
Mühlenbruch, doctr. Pand. Vol. 2. §. 206.
Mackeldey, Lehrb. §. 771.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4. S. 54 f.

Präjudiz 1.

Nachdem über das Vermögen des Ruben Moses F. der Concurs erkannt war, starb dessen Mutter und richtete der Concurscurator an das Justizamt den Antrag, den Nachlaß zu inventarisiren ꝛc. In dem eingeleiteten Verfahren erklärte der Gemeinschuldner, daß er die Erbschaft seiner Mutter ausschlage, worauf dessen Bruder und Schwägerin beantragen, den Curator mit seinen Anträgen zurückzuweisen.

Das Justizamt erkannte die Inventuraufnahme, das Obergericht wies aber den Antrag zurück, und dieses Erkenntniß wurde von dem OAG. zu Cassel unterm 16. Juni 1831 bestätigt, in Erwägung: daß sich die active Repräsentation des Gemeinschuldners durch die Gläubiger nur auf die bereits wirklich zu einem Theil seines Vermögens gewordenen Rechte erstreckt, hierzu aber ein zur Erwerbung erst angebotenes Recht nicht gezählt werden kann, wie denn auch, wenngleich dem Gemeinschuldner die Fähigkeit zu einer Disposition über sein Vermögen allerdings abgeht, doch die Ausschlagung einer Erbschaft für eine Disposition, namentlich für eine Veräußerung nicht zu halten ist, da einer solchen ein Erwerb vorausgegangen sein muß.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 58.

Präjudiz 2.

Nachdem über das Vermögen der N. Concurs erkannt worden, starb deren Bruder, Joh. Chr. S. ohne weitere Erben als seine gedachte Schwester und deren Kinder. Der Concurscurator trug auf Immission in das der Gemeinschuldnerin, als nächsten Intestaterbin, zugefallene Vermögen des Verstorbenen an, wogegen die Kinder derselben mit der Behauptung auftraten, daß von ihr die Erbschaft ihres Bruders ausgeschlagen sei, und sie daher an deren Stelle getreten seien. Dies bestritt der Curator, und das Justizamt legte dem Curator den Beweis auf, daß die Gemeinschuldnerin die Erbschaft des verstorbenen S. rechtsgiltig angetreten habe, aus folgenden Gründen: Da der Concurs sich nicht allein über das zur Zeit der Eröffnung desselben vorhandene Vermögen des Cridars, sondern auch über alles dasjenige Vermögen erstrecke, welches der Cridar bis zur Beendigung des Concurses erwerbe, so würde auch die der Gemeinschuldnerin erworbene Erbschaft ipso jure auf die Concursmasse als Theil derselben übergegangen sein; da jedoch zur Erwerbung der Erbschaft eines Seitenverwandten nicht bloß deren Anfall, sondern auch deren Antretung gehöre, so könne der Curator erst, nachdem er den Beweis einer solchen Antretung geführt habe, die der Gemeinschuldnerin angefallene Erbschaft ihres Bruders zur Concursmasse ziehen; seiner Behauptung, daß dieselbe zur Ausschlagung der ihr angefallenen Erbschaft nicht befugt gewesen, weil dies als eine die Beeinträchtigung der Gläubiger bezweckende Veräußerung nichtig sei, ständen klare gesetzliche Bestimmungen entgegen; demnach habe der Curator jene Ausschlagung so wenig hindern können, als er sie jetzt anzufechten befugt sei.

Die hiergegen von dem Curator ergriffene Berufung wies das Obergericht zu Cassel durch Bescheid vom 30. Jan. 1830 zurück, in Erwägung, „daß in Beziehung auf die Einrede der fehlenden Sachlegitimation Appellant die Entscheidungsgründe des judex a quo über die Befugniß der Gemeinschuldnerin zur Ausschlagung der ihr angefallenen Erbschaft nicht widerlegt hat; — daß auch im Uebrigen jene Einrede nicht für begründet gehalten werden kann, weil eine Simulation der Erbschaftsausschlagung aus dem Umstande, daß die Gemeinschuldnerin bisher bei dem Appellaten gelebt hat, und von diesem unterhalten ist, nicht zu entnehmen steht, und die fernere Behauptung, daß die Erbschaftsausschlagung fraudulös und deshalb ungiltig sei, auf die unrichtige Annahme gestützt erscheint, daß die Erbschaftsausschlagung eine unerlaubte Vermögensverminderung von Seiten der Gemeinschuldnerin enthalte.“

Dieses Erkenntniß ward vom OAG. unterm 15. Sept. 1830 bestätigt:

In Erwägung, daß die von dem Appellanten geltend gemachte Unfähigkeit der Gemeinschuldnerin, über ihr Vermögen zu verfügen, auf den Mangel ihrer Befugniß, eine ihr angefallene Erbschaft auszuschlagen, um so weniger schliessen läßt, als der bloße Anfall einer solchen, ehe deren Annahme stattgefunden hat, kein zum Vermögen gehöriges Recht begründet, sondern nur die factische Veranlassung zu dem Erwerbe eines solchen darbietet, daß auch aus der Nov. 135, welche nicht zu den glossirten gehört, hier Gebrauch gemacht werden kann, so wird rc. abgeschlagen.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 59.

XII.

Streitig ist, ob der Erbe gesetzlich insofern an eine Zeit zum Erbschaftsantritt gebunden sei, daß er in den ersten 9 Tagen nach dem Tode des Erblassers gar nicht antreten dürfe.

Einige meinen, die Nov. 115. c. 5. §. 1 bestimme, daß der Erbe in den ersten 9 Tagen nach des Erblassers Tode gar nicht antreten dürfe.

Leyser, sp. 370. med. 2.

Andere meinen, jene ältere Ansicht beruhe auf einem Mißverständnisse, indem die Nov. 115 cit. nur verordne, daß Erben, Verwandte, die Gattin und Bürgen des Verstorbenen innerhalb der ersten 9 Tage nicht durch Forderungen belästigt werden sollten, da es hart und unbillig sei, Trauernde so bald nach dem Tode zu beunruhigen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 742.
Sintenis, Civilr. §. 184. Not. 1.
Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 212.
Schweppe, röm. P.-R. §. 837. S. 158. Not. 3.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 277. Bd. 42. S. 428.

XIII.

Streitig ist, ob nach sächsischem Rechte der Erbe in den ersten 30 Tagen die Erbschaft nicht antreten dürfe. (Vergl. sächsisches Landrecht Buch 1. Art. 22 u. Buch 3. Art. 15. Schwabenspiegel Cap. 263. Lübisches Recht Buch 2. Tit. 2. Art. 27.)

Einige meinen, der Ausdruck: weiter (als Aufsicht zu haben, daß nichts von dem, so ihm gehöret, verloren gehe) soll er keine Macht an dem Gute haben bis zu dem dreißigsten, deute darauf hin, daß der Erbe früher die Erbschaft nicht antreten dürfe.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 34 §. 29.
Leyser, sp. 370. med. 1.

Andere meinen, diese Auslegung sei unrichtig; aus dem Zwecke der gesetzlichen Bestimmung dürfe nur gefolgert werden, daß der Erbe sich nicht wider den Willen des Besitzers in den Besitz setzen, auch nicht auf Theilung provociren dürfe.

Horn, diss. de die tricesimo.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 2. §. 29.
Stryk, usus mod. 29. 2. § 10 in f.
Heineccius, elem. jur. Germ. lib. 2. §. 308. Nro. 5 et §. 313.
Wernher, lectiss. comm. in P. 29. 2. §. 6.
Emminghaus im civil. Archiv Bd. 24. S. 42 a. E.
Hufeland, Beiträge 5. Stück. Jan. 1802. S. 68.
Haubold, Lehrb. des sächs. Pr.-R. §. 346.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 429 f.

XIV.

Streitig ist, ob zum Erwerb einer Erbschaft eine Antretungs- oder Ausschlagungsfrist gesetzlich vorgeschrieben sei.

Einige meinen, der berufene Erbe müsse nach L. 19 C. de jure delib. 6, 30 nothwendig innerhalb Jahresfrist ausschlagen; thue er dies nicht, so habe er nicht mehr die Befugniß, sich von der Erbschaft loszumachen.

Höpfner, Instit. §. 548 u. die Not. 6 das. Aufgef.
Konopack, Institut. des röm. Pr.-R. §. 426.

Andere nehmen an, der Berufene müsse umgekehrt in Gemäßheit der angeführten L. 19 nothwendig binnen einem Jahre antreten, so daß, wenn er dies unterlasse, die Erbschaft für ihn verloren, und eine spätere Antretung für ihn unmöglich sei.

Thibaut, Versuche Bd. 2. Abh. 7.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 695. Not. 8.

Siehe hiergegen

Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 2. S. 343.
Unterholzner, Verjährung Bd. 2. S. 53.

Andere meinen, mit Berufung auf L. 22. §. 1 C. de jure delib. 6, 30, Justinian habe eine Ausschlagungsfrist von drei Monaten eingeführt, so daß nach Ablauf dieser Frist die Erbschaft von selbst dem Berufenen zufalle, und unwiderruflich bei ihm verbleibe.

Mühlenbruch, doctrin. P. II. §. 508. not. 10. 16. edit. 3. §. 695. not. 10. 16.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 8. S. 268.

Andere meinen, gleichfalls unter Berufung auf L. 22. § 1 cit., Justinian habe umgekehrt eine Antretungsfrist von drei Monaten angeordnet, so daß nach Ablauf dieser Frist die Erbschaft für den berufenen Erben verloren sei.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. Abh. 10. S. 396 u. 431.

Andere meinen, Justinian habe weder durch die L. 19 cit. noch durch die L. 22. §. 1 cit. in der angedeuteten Beziehung das frühere Recht abändern wollen, sondern es gelte auch noch heutzutage das Princip, daß der berufene Civilerbe zu jeder beliebigen Zeit die Erbschaft antreten oder ausschlagen könne.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 22. S. 153 f.
Puchta u. Arndts in Richter's krit. Jahrb. 1840. S. 7 u. 17.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 275.

Vergl.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 118. Not. 22 u. 23.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 188.
Henr. Sintenis, capita select. ex jure civ. (1840) p. 67.
Dollmann in den Blättern für Rechtsanw. 1841. Nr. 9. S. 129.

Siehe auch beneficium deliberandi Contr. 2; desgl. beneficium inventarii Contr. 31.

Präjudiz 1.

Nach kinderloser Ehe wurde der Nachlaß des vorverstorbenen Ehegatten von dem überlebenden leibzuchtsweise besessen, ohne daß der Eigenthumserbe die Erbschaft antrat. Dieser starb noch vor dem Leibzüchter, und als nun nach dem Tode des letzteren die Erben des Eigenthumserben den Nachlaß jenes erstverstorbenen Ehegatten in Anspruch nahmen, entstand die Frage, ob sie der Restitution gegen die Erbantrittsversäumung von Seite ihres Erblassers bedürften?

Das oberrichterliche Erkenntniß verneinte dieselbe und motivirte diese Ansicht, welcher das OAG. beitrat, abgesehen von den particularrechtlichen Vorschriften folgendermaßen:

Nach deutscher Rechtsansicht ist die Erbschaftsantretung überhaupt keine Bedingung der Erbschaftserwerbung gewesen,

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 414.
Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 337.

und es ist leicht nachzuweisen, daß es zu der größten Rechtsverwirrung führen würde, wollte man auf solche Rechtszustände ohne Unterscheidung damit vereinbarlicher und incompatibler Bestimmungen römisches Recht anwenden. Die richtige Meinung ist gewiß, daß durch den Tod des einen kinderlosen Ehegatten den nach römischem Rechte gerufenen Verwandten desselben zwar keineswegs in der Art die Erbschaft ipso jure erworben wird, daß sie Erbe sein und bleiben müssen, wenn sie nicht sofort ausschlagen; sondern daß ihnen und ihren Erben bloß das Recht erworben wird, anzutreten, so daß es für die letzteren, im Falle der eigentliche Erbe vor Beendigung des Beisitzes stirbt, des römisch-rechtlichen Mittels der Restitution gar nicht bedarf. Folgert man aus dieser Rechtsansicht, so kommt man zu dem Resultate, daß sich der Erbe während des Beisitzes über die Erbschaftsantretung selbst auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger und solcher Personen, welche dabei interessirt sind, nicht, wie er nach römischem Rechte müßte, zu erklären braucht, sondern das Recht hat, sich erst dann zu entscheiden, wann die Leibzucht beendet ist, und er sich davon überzeugen kann, in welchem Zustande der Leibzüchter die Erbschaft hinterlassen hat.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 12. Oct. 1836, in S. Schäfer u. Cons. c. Wittwe Göbel u. Cons.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 211.

XV.

Streitig ist, inwiefern nach canonischem Rechte die Klagen aus dem Delicte ihres Erblassers gegen die Erben übergehen. Vergl. Controv.-Lex. Bd. 1. Abth. 1. S. 463 f. mit Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 18 f.

Präjudiz 1.

. . . daß, da, wenn auch nach römischem Rechte der allgemeine Rechtssatz, daß Strafen nicht von den Erben des Schuldigen zu büßen seien,

L. 6 D. de publ. jud. 48, 1.
L. 20 D. de poenis 48, 19.
L. 22 C. eod. 9, 47.
L. 38 D. de div. regulis juris 50, 17.

insofern Ausnahmen erleidet, daß bei delictis publicis nach der Verurtheilung,

L. 5. 6 C. si reus vel accusator mortuus fuerit 9, 6.
L. 3 C. si pendente appellatione mors intervenerit 7, 65.

und bei Privatdelicten nach Erhebung der Anklage,

L. 16. §. 13 D. de publicanis 39, 4.
L. 20 D. de accusation.

Vermögensstrafen gegen die Erben verfolgt werden konnten; wenn ferner (obgleich der Privatverbrecher im römischen Sinne jetzt, gleich allen übrigen, im Interesse des öffentlichen Wohles auf dem Wege des Untersuchungsprocesses verfolgt werden und daher die über jud. publica geltenden Regeln allgemeine Anwendung finden möchten) Contraventionen gegen die Steuergesetze als delicta privata noch zu betrachten wären, wie solches nach römischem Rechte der Fall war,

cf. die vorangeführten L. 16. §. 13 D. de publicanis und L. 20 D. de accus.

und nicht vielmehr nach dem Geiste des heutigen Strafrechts, welcher gebietet, daß Strafe nur den Uebertreter des Gesetzes treffe; selbst Vermögensstrafen (wenn nicht bereits durch das Vergehen selbst ipso facto etwas verwirkt, in das Eigenthum des Staates übergegangen und daher auch von den Erben zu vindiciren ist, wie solches bei eingeschwärzten, steuerbaren Objecten — commissa — nach römischen Gesetzen so sich verhielt,

L. 8 pr. L. 11. §. 3. L. 13. 14 D. de publicanis 39, 4.)

falls der Schuldige vor Einziehung der Strafe stirbt, von den Erben nicht mehr beigetrieben werden können, weil der Zweck der Strafe niemals Bereicherung des Staates sein darf;

dennoch die Frage, ob und welche Strafe verwirkt worden, jedenfalls gegen die Erben auf eben dieselbe gesetzlich vorgeschriebene Weise, wie solches gegen den Erblasser hätte geschehen müssen, untersucht und ausgemittelt werden mußte, folglich im vorliegenden Falle — zumal da eine Vernehmlassung des Angeklagten, geschweige denn ein Erkenntniß noch nicht erfolgt war, auch von einem constituto über eine Strafe, da die Privatdelicte und Strafen des römischen Rechts, worauf sich das in Bezug genommene Gesetz (L. 29 D. de const. pec. 13, 5) bezieht, in das Criminalrecht jetzt gehören, nicht die Rede sein kann — nur ein Untersuchungsverfahren zulässig erscheint, mithin der Bescheid vom 5. Juni, wodurch die Fortsetzung des Strafverfahrens gegen die Erben des Contravenienten verweigert wurde, den jetzigen Anträgen allerdings im Wege steht,

so wird abgeschlagen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 16. Jan. 1836, in S. Steuerdirection c. Ehme, wegen Forderung.

XVI.

Streitig ist, ob der Besitz der Erbschaftssachen, ohne besondere Erwerbungshandlungen, auf den Erben übergehe.

Einige meinen, der Besitz müsse von den Erben besonders erworben werden; ohne dies trete mit dem Tode des Erblassers eine Besitzlosigkeit ein, und nur für den Verjährungsbesitz sei ohne Weiteres eine Fortsetzung gestattet. L. 23. L. 30. §. 5 de acquir. vel amitt. poss. L. 1. §. 15 D. si is qui test. esse jussus 47, 4, vgl. mit L. 41. §. 3 in f. D. de usurp.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 78.
Günther, princ. jur. Rom. §. 839.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1220.
v. Savigny, Recht des Besitzes §. 28. S. 361.
Dunker in Gießer Zeitschr. Bd. 12. S. 116.
Thibaut, System §. 300.

Andere meinen, gestützt auf diejenigen Stellen, welche von der Fortdauer des Verjährungsbesitzes sprechen, daß diese Stellen nur vom Naturalbesitz, nicht aber vom Besitz im engeren Sinne zu verstehen seien. Es dauere nun hiernach nicht bloß der Usucapionsbesitz ununterbrochen fort, sondern dem Erben ständen, sofort nach dem Erbschaftsantritt, vor der wirklichen Besitzesergreifung, die possessorischen Rechtsmittel und namentlich die remedia recuper. poss. zu.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1. Nr. 15.
Schilter, exerc. ad P. exerc. 15. §. 11—15.
Leyser, med. ad P. spec. 371. med. 4 et 5.

Siehe auch Controv.-Lex. Bd. 1. Abth. 1. S. 124. Controv. 16.

Präjudiz 1.

Nach römischem Recht ist der Besitz facti et animi, er gehört entschieden nicht zum Nachlasse einer Person.

fr. 1. §. 15 si is qui testamento 47, 4.
fr. 23 pr. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2.

Der altdeutsche Rechtssatz:

„Der Todte erbt den Lebendigen"

ist in einem verschiedenen Sinne aufgefaßt. Einige Particulargesetzgebungen (Magdeburger Polizei-Ordnung 44. §. 15, Neu-Kölnische Rechts-Ordnung von 1663. Tit. 9. §. 1) und das spätere französische Recht lassen den Erben mit dem Tode des Erblassers in den Besitz eintreten. Eine gleiche Deutung geben mehrere Rechtslehrer, wie Schilter, Heineccius, Eisenhart u. A. jenem Satze, während andere, namentlich der am Ende des vorigen Jahrhunderts einflußreiche Runde, ihn auf die Erwerbung der Erbschaft und das Recht zu deren Transmission beziehen, aber davon den Uebergang des Besitzes getrennt halten, und hiezu eine besondere Besitzergreifung erfordern. Dieser letzteren Ansicht ist das Allgemeine Landrecht gefolgt . . . .

Verschieden von der vorliegenden Frage ist die accessio

possessionis bei der Ersitzung. Vermöge singulärer Vorschrift ließ das römische Recht bei der usucapio dem Erben die Zwischenzeit von dem Tode des Erblassers bis zur Besitznahme der Erbschaft zu Statten kommen, es ließ nach dem Ausdruck der Romanisten eine successio in usucapionem, aber nicht in possessionem zu.

Savigny, Recht des Besitzes §. 28.
Puchta, Pand. §. 136.
Göschen, Civilrecht §. 265.

Daraus läßt sich aber auf ein Fortbestehen des Besitzes in allen Beziehungen keineswegs schließen.

Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals v. 7. Nov. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 348.

Präjudiz 2.

Der Oberst von M. hatte bis zu seinem Tode einen Zehnten im Besitz, welchen, nach dessen Ableben, der Major v. M. als Lehnsfolger verpachtete.

Hiergegen erhoben die Allodialerben eine Klage wider letzteren wegen Besitzstörung, wogegen derselbe die Lehnsqualität des Zehntens geltend machte, und auf die Replik der Kläger, daß eine Spolienklage nicht durch petitorische Einreden entkräftet werden könne, und es daher erst nach hergestelltem Besitze auf die Lehnsqualität ankomme, erwiderte: da die Kläger sich niemals im Besitz des Zehntens befunden hätten, und er sich zu einer Zeit, wo possessio vacua vorhanden gewesen, als Lehnsfolger in den Besitz gesetzt habe, so sei eine Besitzentsetzung der Kläger gar nicht möglich und stehe ihnen eine Klage auf Schutz im Besitze gar nicht zu.

Die Regierung zu Cassel erachtete unterm 10. Jan. 1818 den Verklagten schuldig, den Besitz des Zehntens den Klägern einzuräumen. Bei dem OAG. suchte der Verklagte die Unzulässigkeit eines possessorischen Erkenntnisses noch weiter damit zu begründen, daß ein remed. adipisc. poss. gar nicht angestellt sei, das remed. retinendae poss. aber nicht auf die Erben übergehe, und das remed. recuper. poss. ihnen nicht zukomme, weil sie sich nie im Besitz befunden hätten.

Es wurde indessen dafür gehalten, daß die hier angestellte actio spolii allerdings auf die Erben übergehe, und von diesen auch, wenn der Erblasser sich bis zu seinem Tode im Besitz befunden habe, wegen einer alsdann erfolgenden Besitzstörung angestellt werden könne. Daher erfolgte am 27. Juni 1818 ein zurückweisendes Oberappellationsgerichtsdecret.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 207.

Präjudiz 3.

Die Entscheidungsgründe eines anderen Erk. des OAG. zu Cassel vom 1. Mai 1824 sprechen aus:

In Erwägung, daß, wenngleich der Naturalbesitz der in einer Erbschaft befindlichen Sachen auf den Erben nicht ohne eigene Apprehension übertragen wird, derselbe jedoch in den juristischen Besitz seines Erblassers bloß vermöge der Nachfolge in dessen gesammtes Rechtsverhältniß eintritt; daher insonderheit der Allodialerbe schon als solcher den juristischen Besitz aller derjenigen Gegenstände, welche von dem Verstorbenen besessen worden, dem Lehnsfolger gegenüber fortsetzt; daß demzufolge auch die Appellaten durch die Succession in den Nachlaß ihres für todt erklärten Bruders im rechtlichen Sinne rücksichtlich der zum Nachlasse überhaupt gehörigen Gegenstände Besitzer geworden sind, — daß demnach die Appellaten mit Recht als Besitzer des Nachlasses ihres verschollenen Bruders belangt sind, so werden 2c.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 209.

Ueber die Unanwendbarkeit des römischen Rechts auf Grund der Parömie: der Todte erbt den Lebendigen, oder le mort saisit le vif, siehe:

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 14. §. 11—17.
Fischer, das erbschaftl. Versendungsrecht ohne Besitzergreifung (1786).
Phillips in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 7. Abh. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 86 f.

XVII.

Streitig ist, ob in der Errichtung eines Inventars die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung liege, die Erbschaft antreten zu wollen.

Einige meinen, in der Errichtung des Inventars liege an sich weder eine aditio hereditatis, noch eine pro herede gestio, und da dieser Fall in Justinian's Gesetzgebung unberücksichtigt geblieben sei, so müsse dafür das alte Recht gelten, mithin der inventirende Erbe immer noch ausschlagen, auch eine wiederholte Deliberationsfrist erhalten können. Nach L. 22. §. 14 C. de jure delib. habe der Deliberirende, welcher ein Inventar errichte, noch die Wahl, ob er die Erbschaft antreten oder ablehnen wolle.

v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 407.

Der Erbe müsse also vielmehr bei der Antretung ausdrücklich erklären, daß er cum beneficio inventarii antreten wolle.

Mackeldey, Lehrb. §. 689.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 913.

Andere meinen, da die Erbschaftsantretung nicht bloß durch ausdrückliche Erklärung geschehen, sondern auch durch concludente Handlungen an den Tag gelegt werden könne, und da Letzteres angenommen werde, wenn man Einmischungshandlungen, welche eigentlich nur dem Herrn des Vermögens zustehen können, vornehme, so müsse aus der Aufnahme des Inventars in dubio eine pro herede gestio gefolgert werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 401.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 22. S. 74. Not. 33.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 8. S. 274.
Westphal, von Verlegung und Eröffnung der Testamente S. 180.
Struben, rechtl. Bedenken Bd. 2. Nr. 11.
Höpfner, Instit. §. 549. Not. 1.

Andere finden in der Errichtung eines Inventars stets eine ausdrückliche aditio.

Aenigma, diss. an heres deliberans beneficio inventarii uti possit §. 4.

Vergl. benefic. inventarii c. 35.

XVIII.

Streitig ist, von welcher Art die Handlungen sein müssen, aus denen die pro herede gestio anzunehmen sei.

Einige meinen, wenn der Gläubiger sich im Besitze der Erbschaft befinde, so begründe solcher Besitz die Vermuthung der Einmischung, so lange der besitzende Erbe nicht darthue, daß er nicht als Erbe besitze.

Mevius, P. 1. dec. 72.
Böhmer, exerc. de suo herede ab hered. se abstin. p. 41 et 42.
Müller, observ. ad Leyser. T. IV. obs. 570.

Andere meinen, jene Ansicht sei wenigstens ungenau; die Gesetze erforderten factum und animus zugleich, L. 20 D. de acquir. hered. 29. 2, und eine Einmischung, als res facti, sei an sich nie zu vermuthen, sondern müsse bewiesen werden. Wäre daher etwa anerkannt, daß mit dem Erbschaftserwerb auch zugleich der Besitz auf den Erben übergehe, so würde dies, als eine bloß juristische Wirkung, den Erben nicht mit dem Beweis der nicht erfolgten Immixtion belästigen können.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 723.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 396.

Quistorp, rechtl. Bemerkungen Th. 1. Nr. 4.
Gesterding, Nachforsch. Th. 4. Abth. 1. S. 248.

Präjudiz 1.

Die Jenaer Juristenfacultät verurtheilte in einem Falle, wo unwidersprochene facta concludentia vorlagen, den Kläger, den Beweis der pro herede gestio zu führen, weil derselbe nicht allein facta, sondern auch den animus zu beweisen schuldig sei. Die Halle'sche Facultät statuirte, facta concludentia seien als beweisend anzunehmen, so lange der Beklagte nicht beweise, sie seien in einer anderen Absicht unternommen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 733 f.

Präjudiz 2.

Im Archiv merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen rhein-hessischer Gerichte Bd. 2. S. 90 wurde die Frage, ob der bloße Bezug eines zur Verlassenschaft gehörigen Hauses als Immiscirung angesehen werden könne, dahin entschieden, daß diese Handlung, isolirt genommen, nicht als eine Immixtion zu betrachten sei.

Präjudiz 3.

In einem Falle, wo die Kinder eines verschuldeten Erblassers sich in einem Schreiben unterzeichnet hatten: „Des verstorbenen T. sämmtliche Erben", erachtete die Wittenberger Facultät dieses den Kindern als suis nicht, sondern nur, wenn heredes extranei sich so unterschrieben hätten, für präjudicirlich.

Leyser, spec. 369. Nro. 6.

Präjudiz 4.

In S. Mootz, gen. Maquinet, c. Maquinet erkannte das OAG. *Cassel* am 17. Oct. 1840:

In Erwägung, daß . . . der Kläger allerdings insoweit für gravirt zu halten ist, als das Obergericht den Inhalt des von ihm zum Beweise der Erbschaftsantretung producirten Briefes für unerheblich erklärt hat, indem zur *Antretung einer Erbschaft jede auf Erwerbung derselben gerichtete Willenserklärung ohne Rücksicht darauf, wem gegenüber dieselbe erfolgte, genügt*, im vorliegenden Falle aber, auch abgesehen von der Ausführung des darin angedeuteten Vorhabens wegen Bitte um Ausantwortung des Nachlasses, dieser Wille der Erbschaftserwerbung schon im Allgemeinen aus dem Inhalte des Briefes hervorgeht, übrigens selbst eine dem Besitzer des Nachlasses gegenüber bereits früher wirklich, wenn auch gleich vergeblich, erfolgte Aufforderung zur Herausgabe der Erbschaft in dem erwähnten Briefe dadurch bekundet ist, daß darin bemerkt wird, es sei diese Herausgabe früher *verweigert* worden . . .

Präjudiz 5.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Die Beklagten haben eingewendet, es sei nicht nachgewiesen, daß die Böhm'schen Kinder die Erbschaft ihres Vaters angetreten haben. Aber nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes würde schon in der Anstellung der Klage (durch welche eine Erbschaftsforderung gegen den Schuldner geltend gemacht wurde) eine Erbschaftsantretung, wenn es einer solchen überhaupt bedürfen sollte, liegen.

Erk. des OAG. zu *Lübeck* vom 28. Oct. 1852.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 312.

Präjudiz 6.

Darüber, daß der gerufene Erbe seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, den *Betheiligten* gegenüber erklären müsse, besteht weder eine Vorschrift, noch kann dies der Natur der Sache nach für erforderlich gehalten werden, zumal in vielen Fällen derjenige, welchem eine Erbschaft deferirt worden ist, gar nicht wissen würde, wem gegenüber er den Willen, die Erbschaft antreten zu wollen, aussprechen müsse. Als daher in Folge einer erhobenen Erbschaftsklage von den verklagten Miterben gerügt worden war, daß die Erbschaftsantretung der Kläger nicht den Verklagten gegenüber abgegeben worden sei, verwarf das OAG. zu *Cassel* die wider die Zurückweisung dieser Einrede erhobene Beschwerde der Verklagten, und ließ zur Ergänzung des Beweises der behaupteten Antretung, den Klägern zu schwören nach: daß die Erklärung, die im Testamente hinterlassene Erbportion haben und annehmen zu wollen, vor gewissen genannten Zeugen von dem Erben abgegeben worden sei.

Erk. vom 28. Oct. 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 75.

Präjudiz 7.

Aus der Praxis des OAG. zu *Cassel* werden unter Anderem folgende Sätze mitgetheilt:

Wenn der zu einer Erbschaft Berufene Erbschaftssachen benutzt oder darüber verfügt hat, so streitet die Vermuthung dafür, daß er dieses in der Absicht gethan, um die Erbschaft zu erwerben. Es ist unter solchen Umständen eine stillschweigende Erbschaftsantretung (oder Einmischung in die Erbschaft) anzunehmen; insbesondere wenn der berufene Erbe Erbschaftssachen verkauft, oder zur Berichtigung von Schulden des Erblassers verwendet, oder die Erbschaft an einen nichtberufenen Dritten abgetreten, oder sich mit demselben darüber verglichen hat. — Als Bethätigung des Willens, Erbe zu sein, ist auch jeder (von Seite des Berufenen) an Erbschaftssachen vorgenommene Aneignungsact aufzufassen, z. B. Beantragung der Ueberschreibung von Immobilien auf den Grund des Erbrechts; sowie das Einklagen von Erbschaftsforderungen, das Einziehen von zur Erbschaft gehörigen Ausständen, auch Erlassung oder Abtretung von dergleichen an Andere. Handlungen dieser Art lassen die Absicht des sie vornehmenden Erben, die Erbschaft antreten zu wollen, unzweifelhaft erkennen, und es steht dagegen die Behauptung desselben, in anderer Absicht gehandelt zu haben, nicht zu berücksichtigen, sofern nicht behauptet wird, daß eine diesem entsprechende Erklärung mit jenen Handlungen verbunden worden sei*), oder besondere begleitende Umstände die Vornahme in anderer Absicht glaubhaft machen. Das genannte OAG. hat z. B. sowohl in dem Fall, wo der Vater des Verstorbenen Kleider des letzteren lediglich als Entschädigung für die von ihm ausgelegten Leichenkosten angenommen, als auch in dem weiteren Falle, wo der Sohn des Verstorbenen Kleidungsstücke des letzteren nur zu dem Zwecke, um aus deren Erlös einen Theil der Beerdigungskosten zu bestreiten, veräußert zu haben erklärte, — die hierauf gerichteten Behauptungen für geeignet erachtet, die Absicht der Erbschaftsantretung zu widerlegen. — Als eine Wittwe das Andenken ihres verstorbenen Ehegatten durch Zahlung einer Schuld desselben geehrt, ist man von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß hier ein Act der Pietät vorliege, und die Ehefrau sich dadurch nicht als Erbin des Mannes gerirt habe. — Die Annahme einer pro herede gestio kann auch dadurch ausgeschlossen werden, daß die Handlung vorgenommen wurde, um in einer anderen als auf das Erbrecht gegründeten Eigenschaft als Eigenthümer oder sonst Berechtigter aufzutreten. Hat z. B. der Vater nach dem Ableben seines Kindes diejenigen Kleidungsstücke, welche er demselben während der väterlichen Gewalt angeschafft hatte, wieder zu sich genommen, und darüber, wie über sein Eigenthum verfügt, oder hat der Gläubiger des Erblassers Theile der Erbschaft zum Zwecke seiner Befriedigung in Besitz genommen, so schließen diese und dergleichen Zwecke die Annahme der auf Erbschaftsantretung gerichteten Absicht aus. Hierher gehören auch Fälle, wo es feststeht, daß der Handelnde die Erbschaftssachen wenigstens *nicht unmittelbar* aus dem Nachlasse des Verstorbenen sich angeeignet habe; oder wo der Berufene Nachlaßgegenstände, z. B. Kleider zwar veräußert hat, aber lediglich in der Absicht, um sie ihrer Beschaffenheit wegen aus dem Hause zu schaffen, oder wo derselbe als *Geschäftsführer* gehandelt, als solcher z. B. die Versilberung zum Nachlasse gehöriger Kleidungsstücke u. dgl. vorgenommen hat.

Was die Geltendmachung der Behauptung einer stillschweigenden Erbschaftsantretung (Einmischung oder pro herede gestio) betrifft, so müssen die zu deren Annahme erforderlichen und schlüssigen Thatsachen regelmäßig schon im präparatorischen Verfahren vorgebracht, und solche, insoweit sie erheblich und bestritten sind, zu Beweis gestellt werden, unter welcher Voraussetzung dann die Entscheidung über die Erbenqualität lediglich von der Ermittelung der erwähnten Thatsachen abhängt. Man hat indessen auch wohl allgemeine Beweisauflagen über die erfolgte Einmischung in die Erbschaft oder pro herede gestio zugelassen, und die Angabe concludenter Thatsachen dem Beweisverfahren vorbehalten, z. B. dahin, „daß und welchergestalt die Verklagten in die Verlassenschaft des —

*) Liegt eine Handlung vor, welche nur von dem Erben als solchem vorgenommen werden kann, z. B. Abtretung der Erbschaft, so ist eine beigefügte widerstreitende Protestation unwirksam.

sich gemischt haben." Die zum Zweck der Führung dieses Beweises gewählte Eidesdelation darf dann aber nicht darauf, daß der Gegner sich keine in dem Nachlasse des Erblassers befindlich gewesenen Gegenstände zugeeignet habe, sondern muß auf bestimmte von berufenen Erben vorgenommene Handlungen gerichtet werden.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 76.

Präjudiz 8.

Die verheirathete Tochter, deren Mutter gestorben war, klagte gegen ihren Vater auf Herausgabe des ihr als Erbin ihrer Mutter angefallenen, in dessen Besitz befindlichen Vermögens. Der Beklagte suchte die Klage als angebrachtermaßen verwerflich darzustellen, weil Klägerin darin nicht angegeben habe, **wie** sie die Erbschaft erworben habe. Diese Einrede wurde auch in höchster Instanz verworfen. Aus der Motivirung wird mitgetheilt:

Auch durch sprechende Handlungen kann eine Erbschaft angetreten werden, also insbesondere dadurch, daß Klage auf deren Auslieferung erhoben wird. Wenn Beklagter hervorhebt, daß darin keine Antretung liege, weil sie nicht durch einen Procurator vorgenommen werden könne, die Klage aber durch einen Anwalt erhoben worden sei, so war doch der demselben ertheilte Auftrag immerhin eine Handlung, wodurch Klägerin ihren Willen, Erbe zu sein, ebenso unzweideutig zu erkennen gab, als wenn sie die Klage selbst angestellt hätte. Wenn Beklagter geltend macht, daß der Unterrichter, indem er, um die Klage aufrecht zu erhalten, davon ausgegangen sei, Klägerin habe durch sprechende Handlung die Erbschaft angetreten, die gemeinrechtliche Verhandlungsmaxime verletzt habe, so enthält die Annahme, daß die Anstellung der Klage als pro herede gestio anzusehen sei, nur eine Folgerung, mithin nur einen auf eine actenmäßige Thatsache gestützten Act der Reflexion, der nach

Const. un. ut quae desunt advoc. 2, 11.

statthaft ist.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 11. Jan. 1854, in S. der Ehefrau des preuß. Lieutenants v. F. gegen den pensionirten Kreisrath v. N. zu Darmstadt.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 161.

Präjudiz 9.

Die höchsten Gerichtshöfe in Wolfenbüttel haben, in Fällen, wo ohne Protestation eine Verpachtung der sämmtlichen zu einem Hof gehörigen Länderei auf 6 Jahre vorgenommen worde, nach

§. 7 Inst. de hered. qualit. 2, 19 und
L. 20 D. de acquir. hered.

eine Erbschaftsantretung angenommen.

Erk. des ehemal. LG. vom 3. Sept. 1833, in S. den Ringel'schen Nachlaß betr.

Erk. des LG. vom 3. Jan. 1837, in Sachen Bege c. Metzel.

XIX.

Ueber die Frage, ob bei der Einrede der mehreren Miterben nur die erfolgte Erbschaftsberufung oder auch der Erwerb der Erbschaft seitens der Miterben bewiesen werden müsse,

hat sich das OAG. zu Celle am 16. Sept. 1852, in S. Hinsch c. Heinburg, ausgesprochen. Das genannte höchste Gericht ging dabei von folgenden Motiven aus:

Präjudiz 1.

Schon das Vorhandensein mehrerer Mitberufenen suspendirt die Erbrechte des in Anspruch genommenen Erben auf das Ganze, und erst mit ihrer Ausschlagung accrescirt ihm deren Erbtheil; erst dann wird er heres ex asse. Kommt es also dem Erben darauf an, daß er nur für seine Rate in Anspruch genommen werde, so wird der Nachweis, daß neben ihm noch Andere zur Erbschaft berufen seien, genügen, um ihn nur als theilweisen Erben rechtlich anzusehen, und sein erweislicher Antritt ihn vorerst nicht weiter haftbar machen, als sein ursprünglicher Erbtheil reicht; während der Umstand, daß die Rate der Miterben auf ihn übergegangen, noch einen besondern Act der Abdication derselben voraussetzt, welcher demjenigen zum Beweise anheimfallen muß, der eine erweiterte Haftungsverbindlichkeit des antretenden Erben daraus zu begründen sucht, daß er denselben als den einzigen Erben darstellt. Auch macht hierbei der Umstand, daß der antretende Erbe sich etwa im Besitze der ganzen Erbschaft befindet, keinen Unterschied, indem dies nicht den Antritt der ganzen Erbschaft ermöglichen kann, so lange rechtlich noch Miterben zur Erbschaft berufen sind, ohne abdicirt zu haben, so lange also rechtlich sein Erbrecht auf das Ganze dadurch noch bedingt wird, daß der Antheil der berufenen Miterben ihm vermöge des jus accrescendi besonders zufalle.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 156.

Präjudiz 2.

Die Klägerin hatte, obschon eingeräumtermaßen neben ihr noch fünf **erbberechtigte** Geschwister vorhanden waren, als angebliche Erbin ihrer Mutter deren ganze Mitgift in Anspruch genommen, ohne weitere Momente für ihr **alleiniges** Auftreten geltend zu machen. Das Gericht erster Instanz hatte auf Grund jener actenmäßigen Thatsache den Anspruch der Klägerin auf $1/_6$ der liquidirten Forderung beschränkt, weil sie keineswegs als alleinige Erbin ihrer Mutter betrachtet werden könne.

In ihrer Appellation gegen diese Entscheidung machte die Klägerin — unter Berufung auf die hannoversche declaratorische Verordnung vom 24. Mai 1822. XII. — geltend, daß der beklagte Concurscurator, welcher als Vertreter der Masse als Erbschuldner erscheine, nicht nur das durch ihr Geständniß ins Klare gesetzte Dasein mehrerer **Erbberechtigten**, sondern auch, daß diese **wirklich Erben geworden** seien, beweisen müsse.

Das Mittelgericht legte denn auch dem entsprechend dem Concurscurator noch einen besonderen Beweis auf, weil die Klägerin nicht zugestanden, daß die Geschwister **Erben ihrer Mutter geworden** seien; und diese Entscheidung fand die Billigung des höchsten Landesgerichts — welches sonach in diesem Falle den bereits in den Acten liegenden Beweis der **Mitberufung** anderer Erbberechtigten **nicht** für genügend hielt.

Erk. des OAG. zu Celle (2. Senat) v. 6. März 1844, in S. Ehefrau Bruns, geb. Bastelmann, c. den Bastelmann'schen Concurscurator in pto professi.

Erwerbsfähigkeit, s. Erbeseinsetzung c. i.

Evictionsleistung, — bei der divisio parentum inter lib., s. divisio parentum int. lib. c. 4.

— — bei Erbtheilungen, s. judicium familiae herciscundae c. 11.

— — bei Legaten, s. Vermächtnisse A. c. 16.

Exheredatio bona mente.

Pufendorf, obs. T. I. obs. 192.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 1. Abth. 1. Nr. 31.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 255 f.
Zimmern im civ. Archiv Bd. 8. S. 153.
Francke, Notherbenrecht S. 422.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 391.

I.

Streitig ist, ob die exheredatio bona mente nach neuestem römischen Rechte überhaupt als giltig und zulässig erachtet werden könne.

Einige meinen, die Enterbung in guter Absicht sei heut zu Tage nicht mehr zulässig. Denn theils habe Justinian dieselbe in Nov. 115. c. 3 durch die Bestimmung — non licere **penitus** patri vel matri — liberos praeterire — nisi probantur ingrati, abgeschafft, theils folge dies auch nach dem früheren Rechte. Es sei nämlich nach älterem Rechte nicht die exheredatio, sondern nur die Entziehung des auch durch Singulartitel zuzuwendenden Pflichttheils zu rechtfertigen erforderlich gewesen, und die exheredatio non mala

mente heute nur an, daß auch bei vorherrschender wohlmeinender Absicht die Form nicht versäumt werden dürfe; nach justinianischem Rechte hingegen sei Enterbung nur wegen eines gesetzlichen Grundes möglich, und die Zuwendung des Pflichttheils ohne alle Beschwerung geboten. (Francke, Notherbenrecht S. 422 f.) Vergl. L. 18 D. de lib. et post. 28, 2. L. 25 C. de inoff. test. L. 16 D. de bon. poss. c. tab. 37, 4. L. 12. §. 2 D. de bonis libert. 38, 2. L. 16 D. de curat. furios. 27, 10.

Hommel, Rhaps. Vol. 5. obs. 652.
Unterholzner im civ. Archiv Bd. 2. S. 35.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 233.
Francke, Notherbenrecht S. 423 f.
und die bei Glück, Pand Bd. 7. S. 257. Not. 36 Aufgef.

Andere behaupten die fortwährende Zulässigkeit der exheredatio bona mente. Die Vorschriften der Nov. 115. c. 3 hätten nur auf die Enterbungen notae causa Bezug, wie ja in cap. 5 ihre Tendenz und ratio ganz ausdrücklich dahin angegeben werde, ut et parentes et filios a testatoris i n j u r i a liberos reddamus. Daher sei das Institut der exh. b. m. dadurch ganz unberührt geblieben, indem damit keine Injurie zugefügt, sondern vielmehr eine wohlwollende Berücksichtigung verwirklicht werde. — (Die aus dem früheren Rechte entnommenen Gründe werden von Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37. S. 398—450 ausführlich widerlegt.)

Zimmern im civ. Archiv Bd. 8. S. 153.
Böhmer, auserles. Rechtsfälle Th. 1. S. 243.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 398 f. und die S. 445. Not. 75 und 76 zahlreich Angef.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 24.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 257.
Göschen, Civilr. Bd. 3. S. 233.
Arndts im Rechtslex. Bd. 3. S. 900.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 696.

II.

S t r e i t i g i s t, o b d i e e x h e r e d. b o n a m e n t e n u r a u f d i e b e i d e n i n L. 16. §. 2 D. d e c u r a t. f u r. u n d L. 18 D. d e l i b. e t p o s t. L. 12. §. 2 D. d e b o n. l i b. u n d L. 25 C. d e i n o f f. t e s t. a u s d r ü c k l i c h e r w ä h n t e n F ä l l e z u b e s c h r ä n k e n s e i *).

Einige meinen, nur auf die beiden in den Gesetzen angegebenen Fälle sei die exh. b. m. zu beschränken.

Wernher, obs. for. T. I. P. I. obs. 312 und die das. citirten Autoritäten.

*) Nämlich nach L. 12. §. 2 D. de bon. lib. und L. 16. § 2 cit. können Eltern ihre blödsinnigen oder verschwenderischen Kinder enterben, wenn sie nur ihre Enkel zu Erben einsetzen und jenen die nöthigen Alimente vermachen. Hätte der Vater Grund zu befürchten, daß der enterbte verschwenderische Sohn seine eigenen Kinder dereinst um die Erbgüter bringen möchte, so ist er sogar befugt, auch diese seine Enkel unter der Bedingung zu instituiren, wenn sie der Vater emancipiren würde, oder auf den entgegengesetzten Fall zu enterben. Nach L. 18 und L. 25 cit. hat der Vater die Befugniß, wenn seine Kinder noch unmündig sind, und der Vater besorgt, daß das ihnen hinterlassene Vermögen in unsichere Hände komme, solche Kinder bona mente zu enterben, wenn er nur dem eingesetzten Erben auferlegt, die Kinder während ihrer Unmündigkeit zu verpflegen, und ihnen nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft als Fideicommiß wieder abzutreten.

Andere meinen, in den Gesetzen werde nirgends angedeutet, daß hier von einem besonderen Rechte der erwähnten Fälle die Rede sei, sondern es würden, wie gewöhnlich, nur Beispiele zur Erläuterung der vorgetragenen Grundsätze angeführt. Die in den Beispielen vorkommenden Partikeln utputa, utputa pone, bewiesen dies, und deshalb würde die exheredatio bona mente in allen Fällen, wo eine Gefahr vorhanden sei, daß der Notherbe, wenn man ihm die Erbschaft überlassen würde, entweder durch sein eigenes Betragen, oder durch das Verfahren Anderer darum kommen würde, nach der Praxis zugelassen.

Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 9. def. 11.
Pufendorf, obs. T. I. obs. 192 §. 2.
Hofacker, princ. jur. civ. II. §. 1702.
Leyser, med. sp. 358. med. 2.
Frommann, diss. de exhered. bon. ment. th. 6.
Stryk, usus mod. tit. de lib. et post. §. 9.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 257.
Meier in Schweppe's röm. Pr.-R. §. 963
Hufeland, Civilr. §. 1119.
Mackeldey, Lehrb. §. 666.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Valett, Notherbenrecht §. 97.
Seuffert, Lehrb. §. 657.
Thibaut, System §. 963.

Andere führen einzelne Beispiele auf, wo die exh. b. m. in der Praxis für zulässig gehalten wurde, namentlich:

1) Eine Tochter ist mit einem verschwenderischen Manne verheirathet, und es ist vorauszusehen, daß dieser das Vermögen der Frau bald durchbringen, ihre Weigerung aber, ihm das Ihrige auszuantworten, derselben eine schlechte Behandlung zuziehen würde. In diesem Falle können Eltern die Tochter von der Substanz des Vermögens ausschließen und ihr und dem Manne etwas Bestimmtes aussetzen; nur müssen sie, wenn Kinder aus solcher Ehe vorhanden sind, diesen das Vermögen zuwenden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 453.

2) Ein Mädchen, welches zwar nicht blödsinnig, doch sehr schwachen Verstandes war, wurde von ihrem Vater, welcher befürchtete, daß nur ihr Vermögen einen Freier anlocken und ihr dadurch ein trauriges Schicksal bereitet würde, unter Aussetzung hinreichender Einkünfte mit Recht enterbt.

Huber, prael. ad P. tit. de inoff. test. §. 19.

3) Eine Frau enterbte ihren Sohn bona mente, weil sie fürchtete, daß ihre Schwiegertochter, von welcher sie sich schlecht behandelt glaubte, und die auf ihren Mann einen großen Einfluß ausübte, sich mit dem Erbgut bereichern möchte. Diese Enterbung wurde für unzulässig erkannt.

Huber, l. c.

4) Eine Mutter enterbte ihre Tochter bona mente, damit ihr verschwenderischer Ehemann das Vermögen nicht durchbringe, und setzte ihr Tochterkind zum Erben ein. Diese Verfügung bestand zu Recht.

Huber, l. c.

Vergl.

Ayrer, diss. de jure parentum legitimam liberorum bon. ment. gravandi §. 20.

Präjudiz 1.

In einer Rechtssache wurde geltend gemacht, daß die Ein-

künfte der Erbschaft oder des Erbtheils, von welchem der Enterbte ausgeschlossen wurde, ihm verbleiben müßten, weil die Enterbung sonst aufhören würde, eine in guter Absicht geschehene zu sein. Allein diese Ansicht ist eine irrige. Denn das Wesen der exheredatio bona mente facta besteht nur darin, daß sie nicht in poenam des Enterbten, sondern aus andern triftigen Gründen geschehe, wenn nur für des Enterbten Unterhalt gesorgt ist. Diese triftigen Gründe bestehen aber in den meisten Fällen nicht in der Fürsorge für den Enterbten, sondern für dessen Descendenten. — Uebrigens würde, was Jenem verbleibt, gewöhnlich nur seinen Gläubigern zu gute kommen.

Kein Testirer hat die Macht, dasjenige, was er seinen Erben wirklich zuwendet, durch eine Clausel der Art:

es solle von dem Erben selbst erhoben werden — den Gläubigern desselben zu entziehen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Dec. 1846.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 86.

Präjudiz 2.

In dem Bescheid des LG. zu Wolfenbüttel vom 26. Nov. 1835, in S. Bense c. Bense'schen Curator Kloß, war ausgesprochen:

... und da

2) die Anordnungen, welche der verstorbene Vater des Curanden, der Seifensiedermeister Johann Christ. Bense in seinem Testamente hinsichtlich des Curanden getroffen hat, keineswegs sich als eine bona mente geschehene exheredatio darstellen, da der Curande vielmehr, statt für diesen Fall, unter Anführung der Gründe, aus welchen derselbe wahlmeinend enterbt worden, enterbt zu sein,

L. 16. §. 2 D. de curat. furios. et al. extr. min. 27, 10.
Thibaut, System des P.-R. §. 814. 8. Aufl. §. 965.
Schweppe, röm. Privatr. 4. Aufl. §. 963.
Glück, Commentar der Pand. Th. 37. S. 462 u. 430.

zum Erben eingesetzt ist ...

Das OAG. erkannte auf geschehene Appellation unterm 8. Dec. 1836 Folgendes:

1) Es ist gewiß, daß die im Testamente weiland rc. Bense vom 14. Oct. 1826/29. August 1827 §. 2. 3. 9 hinsichtlich des Conrad Bense getroffenen Verfügungen, da selbige bloß auf das vom Testator hinterlassene Erbtheil sich beziehen, und den Conrad Bense über dasjenige Vermögen, welches er sonst etwa besitzen und erwerben sollte, unter Lebenden und auf den Todesfall frei zu disponiren, nicht hindern, keine substitutio quasi pupillaris,

an deren Bedingungen es ohnehin gänzlich fehlt, weil nur Blödsinn und Raserei, nicht Geistes- und Körperschwäche zu dieser Substitutionsart berechtigen,

L. 9 C. de impub. subst. 6, 26.
§. 1 Inst. de pup. subst. 2, 16.

sondern eine substitutio fideicammissaria enthalten.

Es folgt hieraus, daß, wie bereits im Bescheide des Landesgerichts vom 26. Nov. 1835 erkannt worden, die Substanz des mit dem Fideicommiß beschwerten, der Restitution unterworfenen Vermögens von den Gläubigern des Fiduciars, Conrad Bense, nicht angegriffen werden kann ...

III.

Streitig ist, ob auch andere Personen als Descendenten, namentlich Geschwister, denen man eine persona turpis vorgezogen hat, bona mente enterbt werden können.

Einige verneinen dies, weil der Vorzug einer persona turpis mit einer exheredatio bona mente nicht zu vereinen sei, und der Grund, daß ein Bruder zum Curator blödsinniger oder verschwenderischer Geschwister bestellt werden könne, hier nicht zutreffe, wo dem enterbten Bruder eine persona turpis nicht allein in der Erbfolge vorgezogen, sondern auch gewissermaßen zu seinem Curator erhoben werden würde. L. 4 D. de legit. tut. L. 5 C. de curat. fur.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 261.
Bock, Lehre von der Enterbung §. 11. S. 31.
Valett, Notherbenrecht S. 105.

Andere bejahen die Frage; denn es sei zu erwägen, daß unter den hier gemeinten personae turpes doch auch die mit einer levis nota Behafteten begriffen waren, z. B. Freigelassene, welche des Vertrauens, das der Erblasser in ihre Redlichkeit und Fähigkeit setzte, im hohen Grade würdig sein konnten; und ebenso verhalte es sich mit den Personen, welche man jetzt zu den Anrüchigen zu zählen pflege, z. B. Kinder unehelicher Geburt. Und selbst die personae infames könne man nicht durchgängig denen beigesellen, welche das Recht auf Achtung und wahre Ehre verwirkt haben, z. B. diejenigen, qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierunt,

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1702.
Linck, de exhered. bona mente facta §. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 464.
Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 34.

insbesondere sei auch eine exheredatio bona mente zum Besten des Erbtheils einer armen Wittwe möglich.

Sintenis, Civilr. §. 197. Not. 34.

IV.

Streitig ist, ob bei der exheredatio bona mente eine Enterbungsursache angeführt werden müsse.

Einige verneinen dies; es genüge, wenn nur der Erbe beweisen könne, daß die Enterbung wirklich zum Besten des Enterbten gereiche, weil der Zweck des Gesetzes nicht darin bestehe, den Enterbten wegen schlechten Betragens zu bestrafen, sondern vielmehr ihm zu nützen.

Stryk, usus mod. 28. 2. §. 10.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1702. not. c.
Westphal, von Testamenten §. 598.
Böhmer, jus novum controv. T. II. obs. 62.
Becmannorum cons. et decis. P. I. p. 469.
Alciatus, praesumt. reg. I. praes. 2.

Andere meinen, es sei erforderlich, daß der Testirer den Grund angeben müsse, der ihn zu der Verfügung bewogen habe. Allerdings gehöre dies nicht zur Form der Disposition — denn vor der Nov. 115 sei ja die Anführung eines Enterbungsgrundes zur förmlichen Giltigkeit des Testaments überhaupt nicht nöthig gewesen — wohl aber erhalte nur dadurch das Urtheil über den Rechtsbestand der Disposition eine bestimmte Grundlage und Richtung. Jedoch müsse die Angabe eines Grundes genügen, welcher im Allgemeinen geeignet sei, eine solche Maßregel zu veranlassen. Den besonderen Grund anzugeben, weshalb er z. B. die Anordnung einer Curatel nicht für genügend, oder den Notherben dadurch für gefährdet halte, habe er nicht nöthig. Es würde dies auch in manchen Fällen bedenklich erscheinen, und leicht ein Grund werden können, eine höchst zweckmäßige Maßregel nicht anzuwenden, z. B. wenn der Vater Ursache habe, dem nächsten Agnaten, welchem vermuthlich die Curatel übertragen werden würde, nicht zu vertrauen.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 262 und die S. 263. Not. 50. 51 u. 52 angef. Rechtslehrer.
Hufeland, Lehrb. §. 1129.
Valett, Notherbenrecht S. 105.
Haimberger, jus Rom. priv. III. §. 331.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 963 a. E.
Böhmer, Rechtsfälle Bd. 1. S. 247.
Thibaut, System §. 965.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 462.
Sintenis, Civilrecht §. 197. S. 638.

Vergl. die Präj. zu Contr. 2.

V.

Streitig ist, wer die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen müsse.

Einige meinen, der Enterbte müsse die Unwahrheit der Ursache beweisen. Denn Justinian habe in der Nov. 115 an diese Enterbungsart nicht gedacht, weshalb die Frage nach älterem Rechte zu beurtheilen sei. Nach älterem Rechte müsse aber der Enterbte den Beweis führen, weil theils der Beweis der unbilligen Enterbung vor Justinian jederzeit dem Kläger obgelegen, theils bei der Enterbung in guter Absicht die Rechtsvermuthung immer gegen den Enterbten streite, und endlich weil der verklagte Erbe sich nur verneinend auf die Klage einlasse.

J. Schulte, diss. de exheredat. bona mente sect. II. §. 18. p. 42.

Andere meinen, der verklagte Erbe müsse den Beweis übernehmen, weil es Vorschrift sei, daß der eingesetzte Erbe die im Testamente angeführte Enterbungsursache stets zu beweisen habe, L. 22. L. 28 C. de inoff. test. Auch sei nach Nov. 115 zwischen den verschiedenen Arten der Ausschließung kein Unterschied mehr; stets müsse eine Enterbungsursache angegeben werden, und der verklagte Erbe den Beweis übernehmen. Auch lasse sich nicht behaupten, daß bei der exher. b. m. die Rechtsvermuthung für den Kläger streite. Prodigalität, die nicht gerichtlich erklärt worden, könne im Zweifel eben so wenig vermuthet werden, wie ein verschuldeter Vermögenszustand des b. m. Enterbten, der nicht gerichtskundig sei, und werde durch das bloße Zeugniß des Testirers eben so wenig bewiesen, wie eine ingratitudo des mala mente Enterbten. Müsse nun letztere von dem eingesetzten Erben bewiesen werden, weil für den Kläger die Vermuthung streite, so müsse dasselbe auch bei der Enterbung in guter Absicht gelten.

Voet, Comm. ad P. 27. 10. §. 10.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 261.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 463.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 492.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 696.
Sintenis, Civilrecht §. 197. S. 639.

VI.

Streitig ist, ob die Enterbung in guter Absicht auch in einem Codicille geschehen könne.

Einige bejahen dies, weil sogar eine in einem Codicille geschehene Pupillarsubstitution als ein Fideicommiß aufrecht erhalten werde, L. 76 ad SC. Trebell.

Müller ad Struvium, exerc. 32. th. 35. lit. β Nro. X. P. II. p. 706.
Linck, diss. de exhered. b. m. facta §. 16.
Frommann, diss. de exhered. b. m. th. 5.
Zoller, diss. de exhered. b. m. facta §. 8.

Andere verneinen die Frage, weil in Codicillen überhaupt keine Enterbung erfolgen könne; und von der Pupillarsubstitution lasse sich auf die Enterbung kein giltiger Schluß machen, weil sich nach der Natur der Codicille, die ursprünglich zu Fideicommissen bestimmt waren, eher annehmen lasse, der Erblasser habe gerade eine fideicommissarische Verordnung machen wollen, arg. §. 2 inst. de codicill. L. 2 C. eod.

Schulte, diss. de exhered. b. m. sect. II. §. 12.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 267 und die Not. 66 bis 69 Allegirten.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 461.
Sintenis, Civilrecht §. 197. S. 638.

VII.

Streitig ist, ob ein Notherbe auch unter einer Bedingung, die er sich sonst nicht gefallen lassen dürfte, zum Erben eingesetzt werden könne, sobald dies zu seinem Besten geschieht, L. 25 C. de inoff. test.

Einige meinen, die L. 25 C. könne heut zu Tage nicht mehr gelten, weil das neuere Recht Nov. 115. c. 3 unbedingte Einsetzung der Kinder auch von einer Mutter verlange; die Bedingung sei pro non adjecta zu halten.

Westphal, v. Testamenten §. 414 a. E.
Francke, Notherbenrecht S. 428 f.

Andere meinen, die L. 25 cit. spreche den Satz aus, daß ein Notherbe, wenn es zu seinem Besten geschehe, unter einer Bedingung eingesetzt werden könne, die er sich sonst nicht gefallen zu lassen brauche. Das Institut der exheredatio bona mente sei durch die Nov. 115 unberührt geblieben, indem damit keine injuria zugefügt, sondern vielmehr eine wohlwollende Berücksichtigung verwirklicht werde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 415 f.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 257.

Vergl. hierüber

Sintenis, Civilrecht §. 197. Not. 27.

F.

Falsa demonstratio, s. legatum debiti c. 2.

Falsche Anzeige, s. Enterbungsursache c. 10 und 11.

Familienfideicommisse.

v. Moshamm, Versuch einer Entwickelung der rechtl. Verhältnisse bei deutschen Geschlechtsfideicommissen.
Dalwigk, Vers. einer Darstell. des Erbrechts Th. 3.
Steinacker, de jure fideic. famil. (1834).
J. Wildner, das Fideicommißrecht nach dem österreich. allg. b. Gesetzb. (1835).

Salza, Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen nach den Grundſ. des gem. d. P.-R. (1838).
Salza im Rechtslexikon Bd. 4. S. 237 f.
Pfeiffer, prakt. Ausführ. Th. 3. S. 53 f.
Zimmerle, das Stammgutsſystem S. 277 f.

I.

Streitig ist, ob die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt sind.

Einige verneinen dies auf Grund der Bestimmungen des Lehnrechts, II. F. 26. §. 19, und auf Grund der Vermuthung, daß der Stifter, treu der älteren Ansicht, bloß eheliche Blutsverwandte zur Nachfolge bestimmt habe.

Sächſ. Lehnrecht Cap. 21.
Schwäbisches Lehnrecht Cap. 3. §. 72.
Vetus auctor de beneficiis c. 1. §. 4.
Gründler, Polemik Th. 3. §. 645.
Eichhorn, d. P.-R. §. 369.
Gerber, d. P.-R. §. 274.

Andere halten die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder zur Erbfolge berechtigt.

Knipschild, de fideic. fam. nob. c. 8. Nro. 327.
Stryk, de succ. c. 2. §. 43.
Moser, Staatsrecht Th. 20. S. 300.
Mittermaier, d. P.-R. §. 449.

Präjudiz 1.

Diese Frage erhob sich bei dem Oberappellationsgericht in Darmstadt, welches sie reformirend bejahte, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Das longobardische Lehenrecht weiß nichts von der Succession der durch nachfolgende Ehe Legitimirten in das Lehen; es gibt bloß einem herrschenden Grundsatze hinsichtlich der Successionsfähigkeit der unehelichen Kinder Anwendung, mit andern Worten: die Bestimmung in II. F. 26 beruht auf dem beschränkten status familiae, den damals alle solche Kinder, auch die, deren Eltern nachher sich verheiratheten, in der bürgerlichen Gesellschaft einnahmen, und vermöge dessen sie weder in das Lehen, noch in das Allod succedirten *). Die Reception des römischen und kanonischen Rechts alterirte die Geltung jener Rechtsansicht. Nach diesen stehen die durch nachfolgende Ehe Legitimirten den ehelich Gebornen gleich. Dadurch wurde jener Bestimmung die Grundlage entzogen, und die Lehre von der Successionsfähigkeit solcher Kinder in die Lehen des Vaters verbreitete sich schnell, und wurde fast allgemein von der Rechtsprechung adoptirt.

Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehenrechts Th. 3. S. 242 ꝛc.

Selbst die vormaligen höchsten Reichsgerichte entschieden dahin.

Mynsinger, cent. 5. obs. 5.
Gail, obs. lib. 2. obs. 141.
Moser, Reichshofrathspraxis Th. 3. Cap. 3 **).

Daß auch die Billigkeit in die Wagschale geworfen wurde, läßt sich erkennen. Eine ausdrückliche Anerkennung fand sie in dem neuesten Edicte über die Lehensverhältnisse in dem Königreiche Baiern Cap. III. §. 55.

v. Moshamm, Grundsätze des Lehenrechts, mit Rücksicht auf das baierische Lehens-Edict. Landshut 1814.
Erk. des OAG. in Darmstadt vom 14. März 1828.

Die entgegengesetzte Praxis herrscht bei dem OAG. in Cassel, s. Pfeiffer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Bd. 2. Nr. 7: uneheliche Kinder, welche durch nachfolgende Ehe legitimirt wurden — sogenannte Mantelkinder — sind nach gemeinem deutschen Lehenrechte, womit auch das kurhessische übereinstimmt, der Succession in Lehen unfähig.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 72.

*) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 315. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 320.

**) Vergl. jedoch Moser, Familienstaatsrecht Cap. 17. §. 77. Derselbe, deutsche Lehensverfassung Buch 1. Cap. 6. §. 12.

II.

Streitig ist, ob Adoptivkinder zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt sind.

Einige verneinen dies, weil die Absicht des Fideicommißstifters nicht hätte darauf gerichtet sein können, nur fingirte Kinder zur Succession zu berufen.

Knipschild, de fideic. fam. nob. c. 8. Nro. 399—435.
Gail, obs. 136. Nro. 13.
Tiraquel, de primogenitura qu. 84. Nro. 7.
Krafft, de ordine successor. in fideic. famil. §. 27.
Eichhorn, d. P.-R. §. 369.
Gerber, d. P.-R. §. 274.

Andere bejahen die Frage, weil die gemeinrechtlichen Grundsätze über Erbfähigkeit zum Grunde zu legen seien, in sofern nicht ein anderweiter Wille des Stifters aus den Umständen nachgewiesen werden könnte.

Mittermaier, d. P.-R. §. 449.
Sintenis, Civilrecht §. 209. Not. 26.

III.

Streitig ist, ob bei der Succession in Familienfideicommisse im Zweifel anzunehmen ist, daß auf Abgang des Mannsstamms der Weiberstamm zur Nachfolge gelange.

Einige verneinen dies in allen Fällen, wo die auf die Erhaltung und den Glanz der Familie gerichtete Absicht des Fideicommißstifters deutlich zu erkennen sei; denn die weiblichen Glieder könnten ja die Familie nicht fortsetzen:

Knipschild, de fideic. fam. nob. cap. 8. Nro. 239.
Stryk, de succ. ab int. diss. VI. p. 665.
Reinhard, Abhandl. von dem Erbfolgerecht der Töchter vor den Stammvettern in den deutschen Reichsallodien Cap. 4. §. 12.
Eichhorn, d. P.-R. §. 369. Not. k.
Gründler, Polemik Th. 3. §. 647.

welche Ansicht auch das österreichische Gesetzbuch §. 626 und das preußische Landrecht Th. 2. Tit. 4. §. 139 u. 189 annimmt.

Bornemann, System VI. S. 568.

Andere geben dies nur zu, wenn der Stifter ausdrücklich bestimmt habe, daß bloß Mannspersonen zur Nachfolge gelangen sollten.

Pütter, auserles. Rechtsf. Bd. 1. Th. 1. Resp. 12.
Gerber, d. P.-R. §. 274.

Andere gestatten überhaupt dem Weiberstamm die Nachfolge nach Abgang des Mannsstammes, weil die Töchter doch nach Abgang des Mannsstammes auch zur Nachfolge in Stammgüter gelangten, also in diesem Falle auch zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt sein müßten.

Westphal, deutsch. P.-R. Th. 1. Abh. 57. §. 10.
Kephalides, de alienat. fideic. fam. §. 7.
Schott, über die Natur der weibl. Erbfolge in Allodialstamm- und altväterl. Gütern nach Erlöschung des Mannsstammes §. 7.

Andere meinen, die Ausschließung des weiblichen Geschlechts sei bei adligen Fideicommissen zwar gewöhnlich, nicht aber nothwendig.

Mittermaier, d. P.-R. §. 449.
Maurenbrecher, d. P.-R. I. S. 266.

Siehe hiergegen

Bauer, Beiträge zum deutschen Privatfürstenrecht S. 97.

Präjudiz 1.

In einem Urtheil des Obertribunals in Berlin vom 21. Juli 1835, in Sachen des Fürsten von Löwenstein c. den Herzog von Ahremberg, wurde angenommen, daß der Ausdruck in Fideicommißstiftungen „bei Abgang des Namens und Stammes" nicht nothwendig vom Aussterben des Mannsstammes in einer Linie zu verstehen sei.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 904.

Vergl. auch Erbverträge Präj. 1 zu Contr. 2.

IV.

Streitig ist, ob bei der Succession in deutsche Familienfideicommisse das Repräsentationsrecht stattfinde.

Einige bejahen dies unter Berufung auf römischrechtliche Vorschriften, L. 3 D. de jure codicill. Nov. 118. c. 1 u. 2.

Knipschild, de fideic. fam. nobil. cap. 9. Nro. 21.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 36. t. §. 14.
Struv, exerc. 36. th. 20.
Stryk, de succ. 3. §. 23.

Andere verneinen die Frage, weil, indem bei dem Repräsentationsrechte Güter eines Erblassers vorausgesetzt werden, welche ihrer Natur nach unter mehrere, gleich nahe Verwandte theilbar sind, durch die Untheilbarkeit der Fideicommißgüter eine Concurrenz mehrerer Erben zur Theilnahme und folglich auch ein wahres Repräsentationsrecht von selbst ausgeschlossen werde.

Runde, Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. 1. Nr. 12. §. 3.
G. L. Böhmer, diss. de ord. succ. ex jure primog. §. 27.
Gründler, Polemik Bd. 3. §. 644.
Sintenis, Civilr. §. 209. Not. 33.

Präjudiz 1.

Da der Fideicommißfolger nicht ein von seinem Vorgänger ererbtes, sondern ein eigenes und selbständiges Recht aus dem Fideicommisse geltend macht, so ist in jedem solchen Falle zu untersuchen, ob nach Abfassung und Umständen anzunehmen oder nicht, daß der Verzicht auch für die Erben geleistet wurde. Liegt ausdrücklich oder factisch die Zusicherung vor, der Erbe werde das Recht, worauf verzichtet ist, ebenfalls nicht in Anspruch nehmen, so erzeugt diese Zusicherung, wenn sie nicht erfüllt wird, die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche, wie alle sonstigen Schulden des Erblassers, auf den Erben übergeht, und in einem Falle, wo von einer bloßen Geldleistung die Rede ist, eben dahin führt, daß der Erbe das Recht aus dem Fideicommisse, worauf der Erblasser verzichtet hat, nicht mit Erfolg geltend machen kann.

• Ist der Sinn der Verzichtserklärung (hinsichtlich der Wirksamkeit auf die Erben) zweifelhaft, so muß die Auslegungsregel eintreten, daß ein Verzicht stricte zu interpretiren (daher der weitere Umfang nicht anzunehmen) sei.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Juli 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 208.

Siehe auch Legata verbis precativis relicta Präj. 3.

V.

Streitig ist, ob die Veräußerung eines Familienfideicommisses giltig ist, wenn alle Interessenten einwilligen.

Einige meinen, unter Berufung auf römisch-rechtliche Grundsätze, daß ein einstimmig von allen Interessenten aufgehobenes Fideicommiß von später Geborenen nicht mehr in das Leben gerufen werden könne, L. 120. §. 1 D. de leg. I. L. 11 C. 6, 42. Nov. 159. c. 3, weil die Analogie des Lehnrechts, wo unter Consens aller Agnaten und des Lehnsherrn Veräußerungen giltig würden, zutreffe, sowie unter Berufung auf die Praxis.

Geiger u. Glück, Rechtsf. Th. 2. Nr. 23. §. 9.
Dolwigk, Erbrecht Th. 3. S. 103.
Kephalides, de alienat. fideic. fam.
Böhmer, auserlef. Rechtsf. Bd. 2. Abth. 1. S. 91.
Gönner, Beiträge zur Jurisprudenz der Deutschen Bd. 1. S. 126.
Mittermaier, d. P.-R. §. 158.
Gründler, Polemik I. S. 260.

Andere meinen, die römischen Gesetze, welche ein fideicommissum perpetuum gar nicht statuirten und deren fideicommissa familiae etwas ganz Anderes gewesen seien, als die unserigen, könnten nicht zur Anwendung kommen, und die Praxis sei zweifelhaft. Es sei daher vielmehr für eine in den Gesetzen nicht verbotene Institution nur aus ihrem inneren Wesen zu schöpfen, und danach müsse man den temporären Besitzern eines in splendorem familiae auf ewige Zeiten gegründeten Familienfideicommisses das Recht zur Auflösung desselben zum Nachtheil der Nachkommen absprechen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 906.
Müller ad Leyser. T. IV. fasc. 1. obs. 629.
Eichhorn, d. P.-R. §. 371.
Thibaut, System §. 927.
Cramer, obs. univ. T. II. obs. 485 u. 486. T. IV. obs. 1220.
Böhmer, diss. de filio vasalli successore in feudum cap. 3. §. 3.
Gerber, d. P.-R. §. 84.

Andere gestatten die Aufhebung des Familienfideicommisses, sobald eine Vertretung der ungeborenen Nachfolger durch einen dazu bestellten Curator erfolgt, und zugleich die Bestätigung einer solchen Aufhebung durch die Staatsgewalt hinzugetreten ist.

Heilfeld, de fideic. si alienat. sont revoc. p. 60.
Eichhorn, d. P.-R. S. 886.
Westphal, d. P.-R. Th. 2. Abh. 57. §. 21—23.
Struben, rechtl. Bedenken Bd. 4. Nr. 76.

Siehe hiergegen

Gerber, d. P.-R. §. 84.
Mittermaier, d. P.-R. §. 158. XI.

VI.

Streitig ist, ob Söhne die von ihrem Vater vorgenommene Veräußerung auch dann anfechten können, wenn sie dessen Erben geworden sind.

Einige bejahen die Frage mit der Einschränkung, daß diejenigen Nachkommen, welche Erben des Veräußerers geworden, den anderen Contrahenten entschädigen müßten, wenn sie das Fideicommißobject revociren wollten.

Knipschild, de fideic. fam. nob. c. 2. Nro. 408.
Mittermaier, d. P.-R. §. 158.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 906.
Salza, Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideicommissen S. 160.

Andere verneinen die Frage, da der Sohn in dieser Beziehung nicht an den Willen seines Vaters gebunden sein, und von einer Analogie der singulären Bestimmung in II. F. 45 keine Rede sein könne.

Struben, rechtl. Bed. I. Nr. 27. §. 2.
Leyser, sp. 403. m. 5.
Eichhorn, d. P.-R. §. 371.
Gerber, d. P.-R. §. 84. Not. 12.

Präjudiz 1.

Den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir folgende Sätze:

Die beiden Mütter der Kläger waren mit ihrem Bruder, dem Vater der Beklagten, vermöge Testaments des Fideicommißstifters vom 30. Juli 1670, zum Genusse des freiherrlich K.'schen Familienfideicommisses berufen.

Die Mütter der Kläger haben im Jahre 1811 ihrem Bruder, dem Vater der Beklagten, ihre Rechte in Betreff des fraglichen Fideicommisses dergestalt übertragen, daß er und seine Nachkommen, so lange sie und eines ihrer Kinder, Nachkommen und Erben im Leben, den ihnen zugefallenen Antheil nützen, besitzen und darüber verfügen können, wie es ihm oder ihnen anscheinend oder gefällig sei. Ferner haben die Mütter der Kläger späterhin sich und ihre Nachkommen verpflichtet, eine etwa nöthige Vollmacht zur Verfolgung des überlassenen Rechtes ihrem erwähnten Bruder zu ertheilen, und die Kläger sind Erben ihrer vor Anfang des gegenwärtigen Processes verstorbenen Mutter geworden.

Der Rechtssatz, dem zufolge der Erbe die Handlungen seines Erblassers anzuerkennen und für dieselben zu haften hat, gelangt auch in den Fällen zur Anwendung, da eine Veräußerung in Frage steht, zu deren Giltigkeit nur die Einwilligung des Erben fehlt, wie sich aus nicht wenigen Gesetzstellen unzweifelhaft ergibt.

fr. 73 de evict. 21, 2.
fr. 1. §. 1. fr. 3 de exc. rei vend. et trad. 21, 3.
C. 14 de rei. vind. 3, 32.
C. 3. 5 de rebus alien. non aliienandis 4, 51.
C. 14 de evict. 8, 45.
C. 24 de donat. 8, 54.

Die Kläger sind daher eben deshalb, weil sie Erben ihrer Mütter geworden sind, die von diesen an den Vater der Beklagten und dessen Nachkommen geschehene Uebertragung ihrer und ihrer Nachkommen Rechte anzuerkennen verbunden, ungeachtet die Kläger ihren Anspruch auf das fragliche Fideicommiß ex providentia majorum erworben haben und ihre Mütter nicht befugt waren, ein Mehreres, als ihre eigenen persönlichen Rechte an dem Fideicommiß aufzugeben.

Es gebricht an jedem Rechtsgrunde, um den zu einem Familienfideicommiß Berufenen von seiner Verbindlichkeit, die ihm in der Eigenschaft eines Erben obliegt, zu befreien, indem die Verbindlichkeit eines Erben, für die Handlungen seines Erblassers zu haften, ganz unabhängig davon ist, ob der Erbe zugleich der Nachfolger eines Dritten geworden ist oder nicht, und ob auf den Gegenstand, wegen dessen er den Erblasser zu vertreten hat, ihm selbst ex providentia majorum, oder aber einem Dritten ein Anspruch zusteht. Uebrigens würde es auch allen Rechtsbegriffen von der Vertretung eines Verstorbenen durch den Erben zuwiderlaufen, wenn man, um höchst persönlichen Verbindlichkeiten abzusehen, zugeben wollte, daß die Verpflichtungen des Erblassers gegen seine Paciscenten können vermindert oder sogar ganz aufgehoben werden, falls nur nicht er selbst, sondern allererst sein Erbe deshalb in Anspruch genommen würde.

Zwar sind fideicommissarische Stiftungen wie jeder andere erlaubte Inhalt eines rechtsbeständig errichteten letzten Willens nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten; es bleibt jedoch jedem Fideicommissar unbenommen, auf den ihm zugedachten fideicommissarischen Genuß Verzicht zu leisten und seine Erben dazu ebenfalls zu verpflichten. Nicht weniger hängt es lediglich von der Willkür ab, eine angefallene Erbschaft anzutreten und dadurch zur Erfüllung der von dem Erblasser eingegangenen Verpflichtungen sich quasi ex contractu anheischig zu machen. Die Kläger streiten wider Recht und Billigkeit, wenn sie im Widerspruch mit den Verträgen ihrer Erblasserinnen den Genuß des fraglichen Fideicommisses begehren, indem sie wegen der persönlichen Entbehrung der Fideicommißzinsen die Vergeltung in den Erbschaften ihrer Mütter zu suchen haben.

Darin endlich, daß einige zum Fideicommiß Berufene wegen Verzichtleistung und Cession vom Genusse ausgeschlossen werden, und an deren Stelle ein Mitberufene den alleinigen Genuß für ihre Lebenszeit erhält, kann nicht eine Aenderung der vom Stifter angeordneten fideicommissarischen Erbfolge, am wenigsten eine bleibende, angetroffen werden.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 22. Juni 1853.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 338.

Vergl. das Präj. zu Contr. 4.

VII.

Streitig ist, ob die Revocatorienklage bei veräußerten Familienfideicommissen jedem Familiengliede, auch wenn die Reihe des Eintritts in das Fideicommiß dasselbe noch nicht getroffen hat, zustehe.

Einige bejahen dieß.

Bluntschli, d. P.-R. I. §. 68. Nr. 3. S. 336.
Phillips, d. P.-R. I. §. 86.
Beseler, Erbvertr. II. S. 51.

Andere meinen, die Reihe des Eintritts in das Fideicommiß müsse den Kläger erst getroffen haben, bevor für ihn die Revocatorienklage zulässig sei.

Dalwigk, Erbrecht III. S. 75.
Gerber, d. P.-R. §. 84.
Dunker, das Gesammteigenthum S. 137.
Mosbamm, Geschlechtsfideicommisse §. 66. S. 108.
Salza im Rechtslexikon Bd. 4. S. 250.
Bolley, Commentar zum würtemberg. Pfandges. I. S. 46. Not. 3.

Präjudiz 1.

Die Vormundschaft der minderjährigen Söhne des Fürsten von W. Z. stellte gegen den Besitzer eines Waldes, welchen der Beklagte von dem noch lebenden Vater der Kläger käuflich erworben hatte, die Revocatorienklage an, welche darauf gegründet wurde, daß der Wald zu dem fürstlichen Fideicommiß- und Stammgut gehöre, und daher von dem Inhaber des letztern mit rechtlicher Wirkung nicht habe veräußert werden können.

Diese Klage wurde jedoch in sämmtlichen Instanzen, als zur Zeit nicht statthaft, abgewiesen. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe lauten im Wesentlichen wie folgt:

Wenn gleich die Unveräußerlichkeit im Begriff und Wesen des Familienfideicommisses gelegen, und in Folge dessen die willkürliche und einseitige Veräußerung des Guts oder eines Theils desselben von Seite des jeweiligen Besitzers regelmäßig nichtig ist, so kann doch der veräußerte Gutstheil nach der richtigen Ansicht, auf welche die vorigen Richter die Entscheidung mit Recht gebaut haben, von den Fideicommiß-Anwärtern erst dann vindicirt werden, wenn die Reihe des Eintritts in das Fideicommiß sie getroffen hat*). Denn die Vindication setzt ein Eigenthumsrecht auf Seiten des Klägers voraus, welches nur dem jeweiligen Inhaber des Fideicommißguts, nicht aber auch den Anwärtern zusteht, indem diese nur ein eventuelles, durch den einstigen Anfall bedingtes persönliches Recht auf das Fideicommiß haben. Von den ältern und auch noch manchen neuern Rechtsgelehrten**) wird zwar ein angeblich im deutschen Recht begründetes sogenanntes Gesammteigenthum der Familie angenommen, wonach *jedem* Familiengliede das Eigenthum des *ganzen* Fideicommißguts zustehen soll, und hierauf ein Recht der Familie, beziehungsweise der Anwärter zur *sofortigen* Vindication des veräußerten Gutes gegründet. Allein diese von der Mehrheit der neueren Rechtslehrer als unhaltbar erkannte Annahme steht mit dem Begriffe und Charakter des Eigenthums, als eines ausschließlichen Rechtes, welches ebendaher verschiedenen Personen an demselben *Ganzen*

*) Mittermaier, deutsches Privatr. ed. 5. I. §. 158. Nr. VI. VIII. Dalwigk, Erbrecht III. S. 75. Gerber, d. P.-R. §. 84. Dunker, das Gesammteigenthum S. 137. Mosbamm, Geschlechts-Fideicommisse §. 66 S. 108. Salza in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 250. Bolley, Commentar zum würtemberg. Pfandgesetz I. S. 46. Not. 3.

**) Vergl. Bluntschli, d. P.-R. I. §. 68. Nr. 3. S. 336. Phillips, d. Pr.-R. I. §. 86. Beseler, Erbverträge II. S. 61 f.

nicht zustehen kann, in geradem Widerspruch, und findet auch in den ältern deutschen Rechtsquellen keine Begründung *).

Der appellantische Anwalt glaubt zwar, daß dieser Standpunkt für die Beurtheilung der vorliegenden Streitsache nicht der richtige sei, das entscheidende Mament vielmehr darin liege, daß schon nach dem ältesten, im Mittelaltee weiter ausgebildeten deutschen Rechte dem nächsten Erben ein Widerspruchsrecht gegen die ohne seine Einwilligung vargenommene und nicht durch den Fall ächter Noth veranlaßte Veräußerung von Grundeigenthum zugestanden sei, und diese Berechtigung, nachdem solche unter dem Einfluß des römischen Rechts ihre gemeinrechtliche Bedeutung verloren, bezüglich der Stammgüter und Familien-Fideicommisse des Adels in dem Revocationsrecht der Fideicommiß-Anwärter sich erhalten habe, letzteres daher nach den Grundsätzen jenes älteren deutschen Rechts zu beurtheilen sei. Allein wenn gleich der das Wesen der deutsch-rechtlichen Familien-Fideicommisse bildende Grundsatz der Unveräußerlichkeit in dem älteren deutschen Rechte wurzelt, so hat das Institut dee Familien-Fideicommisse im Laufe der Zeit seine besondere Ausbildung erhalten, und es können die Grundsätze des ältern deutschen Rechts bezüglich des dem nächsten Erben zugestandenen Widerspruchsrechts gegen die Veräußerung von Grundeigenthum nicht ohne weiteres zur Anwendung kommen. Zudem stand dieses Widerspruchsrecht nicht allen Familiengliedern, sondern nur dem zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben zu, und auch dieser hatte zu Lebzeiten des Veräußerers kein Vindicatians-, sondern nur ein Widerspruchsrecht binnen Jahr und Tag, welches er zum Zwecke des Ausschlusses der Verjährung van Jahr und Tag bei Gericht geltend machen konnte **); wie auch bei Lehen ein Vindicationsrecht des Lehensfolgers erst mit der Eröffnung des Lehens eintritt. (II. Feud. 26. §. 13.)

Van der Appellantin wird zwar noch geltend gemacht, daß das Recht der Anwärter, wenn ihnen vor dem Tode des Veräußerers die Vindication nicht gestattet werde, ganz oder zum großen Theil vereitelt werden könnte. Allein dieser Umstand kann ein safortiges Klagerecht der Anwärter so wenig begründen, als in dem van der Appellantin angesprochenen Rechte auf Sicherstellung ihrer eventuellen Rechte, welches manche Rechtslehrer den Anwärtern zugestehen, ein safortiges Vindicationsrecht enthalten ist. Es ließe sich auch nicht absehen, welche Folge der Vindication vor dem Tode des Veräußerers gegeben werden sallte, da dieser, welcher allein zum Genusse des Fideicommisses berechtigt wae, seines Rechts durch die Veräußerung verlustig geworden ist, den übrigen Familiengliedern aber vor dem Anfall des Fideicommisses ein Recht auf die Benutzung des Guts nicht zusteht, und ihnen daher das vindicirte Grundstück so wenig als dem Veräußerer zum Genusse überlassen werden könnte, zumal vor der Eröffnung des Fideicammisses durchaus ungewiß ist, welches Familienglied Fideicommißnachfolger werden wird.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 9. Januar 1856.

*) Mittermaier a. a. O. §. 155. Gerber a. a O. §. 77. Dunker a. a. O §. 13. 14. Maurenbrecher, d. P.-R ed. 2 §. 211. 212 Eichhorn, d. P.-R. §. 169. Runde, d. ehelichen Güterrecht §. 63. Wächter, würtemberg. Privatr. II. §. 75. S. 580 ꝛc.

**) Eichhorn, d. St- u. R-Geschichte ed. 4. II §. 359. Not. d.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 276.

Familienfideicommisse, s. auch Fideicommissum perpetuum c. 2.

Fictus possessor, s. hereditatis petitio c. 9.

Fideicommissare, als Testamentszeugen, s. Privattestamente A. c. 3 u. 4.

Fideicommissum ejus, quod superfuerit, s. Universalfideicommisse.

Fideicommissum heredi praesenti injunctum, s. Oralfideicommisse.

Fideicommissum perpetuum.

de Retes, de fideic. perpetuo fam reliet. in Meerm. thes. VII. p. 625.
Vaet ad P. lib. 36. tit. 1. §. 27.
Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 203 f.
Pfeiffee, prakt. Ausf. Bd. 3. S. 54 f.

I.

Streitig ist, wie die Nov. 159 in Bezug auf die zulässige Anzahl der Generationen auszulegen sei.

Einige meinen, das fideicommissum perpetuum sei durch die römischen Gesetze in soweit beschränkt, daß es mit dem vierten Restitutionsfalle ein Ende nehme, und erst der fünfte Inhaber darüber frei verfügen könne.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1536.
Berger, oecon. joris lib. 2. tit. 4. §. 32. not. 9.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. S. 357.
Thibaut, System §. 920.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 5. §. 96.

Andere meinen, daß das Gesetz nicht von vier Restitutionsfällen, sondern nur von vier Successionsfällen oder Generationen rede, wenn es die anmaßlichen Vindicanten des Fideicommisses für nicht zuläßig erkläre, si post quatuor demum generationes hujusmodi quaestionem produceremus.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 3. S. 54.

Vergl.

Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 203.

Andere meinen außerdem, daß nach Nov. 159: si tot successiones praeterierint et ultimus heredum per intervenientem aliquem in medio impuberem hereditatem capessat, auch das Vorhandensein eines Pupillen unter den Zwischenpersonen als Miterforderniß der gesetzlichen Bestimmung anzunehmen sei.

Cujac. in expos. Novellar. Nov. 159.
Marezall in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 203.
Mackeldey, Lehrb. §. 727. Not. e
Mühlenbruch, doctr. P. §. 536.
Günther, princ. jur. R. §. 768.
Hugo, Rechtsgeschichte S. 850.

Andere erinnern dagegen, daß in dem durch die Nov. 159 entschiedenen Fall der impubes, nur um drei Generationen herauszubringen, mitgezählt werden müsse, wobei aber auf den unwesentlichen Umstand, ob er pubes oder impubes war, nichts ankomme.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 3. S. 54.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 834.

Präjudiz 1.

Das OAG. zu Cassel hat unterm 18. März 1829, nachdem von den Klägern dee wesentliche Unterschied zwischen deutsch- und römisch-rechtlichen Familienfideicommissen geltend gemacht, und auf die Bestimmungen der römischen Gesetze über die abgekürzte Dauer der letzteren, insonderheit L. 32. §. 6 D. de legat. II. L. 5 C. de V. et R. S. Nov. 159. cap. 1 Bezug genommen, und wenigstens die Zulassung zum Beweise einer erfolgten Aufhebung der Fideicommiß-Qualität verlangt wurde, erkannt:

In Erwägung, daß, wenn auch die in dem Codicill vom ... enthaltene Stiftung sich ihrem Zwecke nach als ein römischrechtliches Familienfideicommiß darstellt, doch auch ein solches, wenn demselben, wie hier, durch die Bezeichnung des in Frage stehenden Hauses als eines durchaus unveräußerlichen Stammgutes, und des damit verbundenen Fideicammiß-Capitals als eines unbeweglichen und eisernen, welches ein für alle Mal und beständig darauf bleiben soll, geschehen ist, die Bestimmung, für immer in der Familie zu bleiben, beigelegt warden, ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift zufolge erst nach vier Generatianen für erlaschen zu halten ist, deren Voraus-

setzung in Beziehung auf die Appellanten, als Kinder einer der zunächst berufenen Personen, jedenfalls noch nicht eingetreten sein würde rc.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 3. S. 70.

II.

Streitig ist die heutige Anwendbarkeit der Nov. 159 überhaupt.

Einige leugnen sie überall.

Höpfner, Institut. §. 604.
Thibaut, System §. 920.

Andere meinen, wenngleich deutsch-rechtliche Institute nur nach dem einheimischen Rechte beurtheilt werden dürften, so folge daraus doch noch nicht, daß auch solche Dispositionen, welche diesen Charakter nicht an sich trügen, dem römischen Rechte entzogen werden dürften, und sei deshalb die Nov. 159 heut zu Tage anwendbar:

Knipschild, de fideic. familiae. nobil. cap. 9. §. 104 u. 122.

vorausgesetzt, daß der Testirer nicht ausdrücklich bestimmt habe, ein ewiges Fideicommiß stiften zu wollen, oder daß sein Fideicommiß den dem römischen Fideicommiß fremdartigen, bloß auf den Mannsstamm in splendorem et conservationem familiae beschränkten Charakter eines deutschen Familienfideicommisses nicht habe.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 835.

Andere unterscheiden, ob die Absicht des Testators auf eine immerwährende Dauer oder auf die Dauer von vier Generationen gerichtet sei.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 36. th. 20.
v. Dalwigk, Versuch einer philos. jurist. Darstellung des Erbrechts Th. 3. §. 1. S. 14.

Vergl. mit

Wernher, obs. for. T. I. p. 4. obs. 135. T. III. p. 2. obs. 306.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1536.

Präjudiz 1.

Georg M. hatte in seinem Testamente verordnet:

„Sollte einer oder anderer von meinen eingesetzten Erben im unverheiratheten oder kinderlosen Stande bleiben, so will ich nicht, daß er dasjenige, was er von mir ererbt hat, durch letztwillige Verordnung oder Schenkungen unter den Lebendigen, außer meiner Familie bringe. Es steht ihm aber frei, demjenigen, welchem er solches am liebsten gönnt und der zu unserer M.'schen Familie gehört, entweder bei seinem Leben oder durch letztwillige Verordnung zuzuwenden."

Ueber die rechtliche Natur und Wirkung dieser letztwilligen Verfügung kommt in den Motiven der oberstrichterlichen Beurtheilung eines durch dieselbe veranlaßten Processes unter Anderm vor:

Mit ausdrücklichen Worten ist hier nur eine Dispositionsbeschränkung gegeben, keine fideicommissarische Anordnung. Daß ein an die eingesetzten Erben gerichtetes Veräußerungsverbot unter allen Umständen von selbst eine Fideicommißstiftung involvire, läßt sich in Beihalt klar entgegenstehender Gesetze nicht behaupten.

Vergl. fr. 114. §. 14 de legat. I. (30).
fr. 77. §. 24 de legatis II. (31).
fr. 38. §. 4. fr. 93 pr. de legatis III. (32).

Indessen macht die gedachte Verfügung die Person, in Berücksichtigung welcher die erwähnte Dispositionsbeschränkung ergangen ist, so weit erkennbar, daß der Schlußsatz des citirten

fr. 114. §. 14 de legatis I.: „Quod si liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes, ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse" —

hier allerdings Anwendung findet, mithin ein von Georg M. zu Gunsten jener Personen verordnetes bedingtes Universal-Fideicommiß unbedenklich zuzugestehen ist, wiewohl kein fideicommissum perpetuum seu successivum, weil es in substrato nur auf einmalige Restitution abgesehen gewesen sein kann. Vergl. Nov. 159. cap. 1. . . . .

Für den Fall, daß von diesem Wahlrecht kein — oder doch kein ordnungsmäßiger — Gebrauch gemacht würde, ist als die Absicht des Testierers anzunehmen, daß dann nicht die ganze Familie, sondern nur der Nächste am Fideicommittenten, also von mehreren Gleichberechtigten jeder pro rata, das Recht aus dem Fideicommisse geltend zu machen befugt sein solle . . .

Erk. des OAG. zu Rostock vom 5. Sept. 1850.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 209.

Präjudiz 2.

In dem vorstehenden Rechtsfalle kam auch in Frage, ob zu den Personen, „welche zu unserer M.'schen Familie gehören," auch der einen andern Namen tragende Sohn einer Großnichte des Testierers gezählt werden könne. Diese Frage wurde bejaht. In C. 5 de verb. signif. 6, 38 heißt es:

Decernimus, familiae nomen talem habere vigorem, parentes et liberos, omnesque propinquos per hanc appellationem significari: et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum et nurum.

„Propinquus" ist bekanntlich gleichbedeutend mit: cognatione sanguinis junctus.

H. E. Dirksen, manuale latinitatis pag. 777.

Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf den vorliegenden Fall kann um so weniger Bedenken leiden, als es sich hier gerade um ein römisch-rechtliches Familienfideicommiß handelt, vom gleichnamigen Institute des deutschen Rechts aber nicht die Rede ist. Dies vorausgesetzt, folgt aus dem deutlichen Inhalte des Gesetzes unmittelbar, daß H. S. M. B. mit zu der „Familie" des Georg M. zu rechnen sei, und daß ihm mithin, soweit es auf diesen Gesichtspunkt ankommt, der A.'sche Antheil an der Erbschaft des Fideicommittenten rechtsgiltig zugewendet werden konnte. Ueberdies ist im vorliegenden Falle nicht ersichtlich, daß den Testirer Georg M. ein anderes Motiv, als die natürliche Verwandtenliebe, bei der fraglichen fideicommissarischen Anordnung geleitet haben sollte, besonders da sich seine Erbeseinsetzung auf Cognaten ebensowohl als Agnaten bezieht . . .

Mit obenerwähnter C. 5 de verb. signif. stimmt zwar das fr. 32. §. 6 de legatis II. nicht ganz überein, insbesondere wegen der in letzterer Stelle vorkommenden Worte: qui ex nomine defuncti fuerint. Dieser Widerstreit findet jedoch auf rechtsgeschichtlichem Wege seine befriedigende Auflösung. Als in Rom noch das Princip der Agnation das alleinherrschende war, beschränkte sich auch der Begriff der „familia" auf den Agnaten-Compler und noch enger auf die Einheit der unter derselben potestas stehenden Personen. So findet sich dieser regelmäßige streng civile Begriff noch in fr. 195. §. 2 de verb. signif. angegeben. Die weitere Entwicklung dieses Begriffs hielt gleichen Schritt mit dem successiven Hervortreten und dem allmähligen Sieg des Princips der Cognation, wobei aber sehr begreiflich ist, daß, so lange dieser Principienkampf noch schwankte, die Juristen, je nachdem sie überhaupt mehr den alten Zuständen oder dem Geiste des neueren Rechts sich zuneigten, so auch bald mehr bald weniger sich dazu verstanden, den Begriff der Familie über seine ursprünglichen Grenzen hinaus zu erweitern. So erklärt es sich, wie wir in den fragmentarischen Aussprüchen der alten Juristen-Literatur, den Pandekten, widersprechende Aeußerungen hierüber finden. Das Modestinische fr. 32. §. 6 de legatis II. hält noch die Schranke des nomen, der Agnationsbezeichnung, fest. Im fr. 69. §. 4 eod. geht Papinian schon darüber hinaus, indem er doch wenigstens auch die emancipati mit hineinziehen will, ganz entsprechend dem damaligen Rechtszustande. Hiernach hat

es nichts Auffallendes, daß zu Justinian's Zeit, als das Agnationsprincip in sehr umfassender Weise zurückgedrängt wurde, auch der Begriff der familia entsprechend erweitert wurde, und daß Justinian in der C. 5 cit. sich so ausgesprochen hat, wie er gethan. Er will eben diese alten Widersprüche beseitigen, will sich über das praktische Recht aussprechen, und einen äußern Beleg dafür, daß er das will, findet man darin, daß diese C. 5 offenbar zu den quinquaginta decisiones gehörte.

Erk. des OAG. zu Rostock vom 5. Sept. 1850. Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 210.

G.

H.

Hauskinder als Testamentszeugen, s. Privattestamente A. c. 6.

— — deren Testamentifaction, s. testam. factio activa c. 13. 14.

Haussöhne, ob sie Erbverträge errichten können? s. Erbverträge c. 3.

Heergeräth, dessen Einfluß auf den Pflichttheil, s. Pflichttheil A. c. 20.

Heirath, als Enterbungsgrund, s. Enterbungsursachen c. 18. 19. 20.

Hereditas jacens.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 1 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 1.
Savigny, System Bd. 2. S. 363.
Büchel, Erörterungen Bd. 2. S. 11.

I.

Streitig ist, ob der hereditas jacens eine juristische Persönlichkeit zustehe.

Die Meisten gestehen der hereditas jacens eine juristische Persönlichkeit zu. So lange nach dem Tode ein bestimmter Erbe noch nicht eingetreten sei, repräsentire die hereditas die Person des Verstorbenen, L. 22 D. de fidej. §. 2 Inst. de hered. inst. L. 31. §. 1 D. eod. L. 34 D. de acquir. dom. L. 116. §. 3 D. de leg. I. L. 24 D. de novat. Die hereditas werde als Eigenthümerin der Erbschaftssachen betrachtet, L. 61 de acq. rer. dom. L. 1. §. 1 D. si is qui test. liber. 47, 4. L. 15 pr. D. de interrog. in jur. 11, 1, und derselben könnten Sachen und Rechte durch Accession, durch Vollendung einer angefangenen Ersitzung und durch Delicte, L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27 D. de hered. pet. L. 30 pr. D. quib. ex caus. maj. 4, 6. L. 13. §. 2 ad leg. Aquil. L. 1. §. 6 D. de injur., anwachsen. Die hereditas könne aber auch obligirt werden, z. B. durch negot. gestio, L. 3 pr. §. 6. L. 21. §. 1 D. de negot. gest.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 475.
Thibaut, System §. 866.
Glück, Pand. Bd. 43. S. 41.
Mühlenbruch, Beurtheilung des Städel'schen Erbfalls S. 163.
Büchel, Erört. Bd. 2. H. 1. S. 11.
Sintenis, Civilr. 1. S. 95.

Andere meinen, daß die hered. jacens im Sinne der Römer keine juristische Person gewesen, und nur bei ihr, wie bei Corporationen eine Fiction angewendet sei, die aber eine verschiedene Natur habe. Denn sie beschränke sich auf die Erleichterung gewisser Erwerbungen durch die zur Erbschaft gehörigen Sklaven, und darum könne diese Eigenthümlichkeit nicht mehr als Bestandtheil des heutigen Rechts angesehen werden.

Savigny, System Bd. 2. S. 363 f.

Vergl. noch

Puchta in der Recension von Savigny's System in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 4. S. 701—715.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 41 f.

Andere meinen, die hered. jacens sei ein darin ausgezeichneter Begriff, daß ihr in einem gewissen beschränkten Umfange eine sich der juristischen Persönlichkeit nähernde Eigenschaft beigelegt werde, und zwar lediglich zu dem Zweck, einen ununterbrochenen Zusammenhang für die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erblassers von seinem Tode an bis dahin zu unterhalten, wo ein Lebender als Erbe wirklich in sie eintrete. Er sei daher vor Allem auf die Erhaltung des Nachlasses in der Zwischenzeit, und demnächst darauf gerichtet, ihm den Zuwachs nicht entgehen und ihm die rechtlichen Folgen aus bereits bei Lebzeiten des Erblassers begründeten Verhältnissen zu Statten kommen, beziehungsweise wider ihn fortdauern zu lassen, welche nothwendig die Existenz eines Rechtssubjects voraussetzten, sowie diejenigen neuen Rechtsverhältnisse bezüglich des Nachlasses bestehen zu lassen, wozu es keiner Handlung bedürfe. Die hauptsächlichsten Aeußerungen hiervon zeigten sich in der Möglichkeit der auftragslosen Geschäftsführung für die ruhende Erbschaft, in der Fortsetzung des Usucapionsbesitzes und Vollendung der Ersitzung, desgleichen gegen die Erbschaft, und in Erwerbung von Klagen gegen Beschädigungen. L. 15 pr. de in diem addict. L. 27 de verb. obl. L. 43 ad leg. Aquil. L. 2. §. 1. L. 6 expil. hered.

Sintenis, Civilr. III. §. 159. S. 318 f.
Hunger, das röm. Erbrecht §. 4.

Hiergegen siehe

Büchel, civilr. Erört. Bd. 2. S. 11. Not. 2.

Präjudiz 1.

Wenn auch die Befugniß eines jeden Curators, innerhalb des ihm zustehenden Wirkungskreises vor Gericht aufzutreten, nicht bestritten werden kann, so ist doch gerade der Wirkungskreis des Curators einer ruhenden Erbschaft auf die Ergreifung von erhaltenden Maßregeln in Ansehung der des einstweiligen Schutzes bedürftigen Gegenstände des Nachlasses beschränkt*), so daß er bei einer auf Ansprüche an dem Nachlasse gerichteten Klage durch sein Auftreten vor Gericht weder die die Person des Erblassers vertretende, ruhende Erbschaft, noch den etwaigen Nachfolger des Erblassers verbindlich machen kann.

Decrete des OAG. zu Cassel vom 4. April 1840, 23. Sept. 1837, 19. Jänner 1842.

Die Legitimation des Curators der ruhenden Erbschaft zur Proceßführung wird auch nicht durch den Umstand begründet, daß der Rechtsstreit noch von dem Erblasser selbst eingeleitet worden.

Decr. desselben Gerichtshofs vom 20. Dec. 1837.

Wohl aber tritt eine Ausnahme von der angegebenen Regel in dem Falle ein, wo eine zur ruhenden Erbschaft gehörige Forderung in dem gegen den Schuldner anhängigen Concurse geltend gemacht wurde. Hier wurde der Curator der gedachten Erbschaft als legitimirt zum Liquidiren für die Masse angenommen, indem davon ausgegangen wurde, daß, ohne diese Zulassung, theils durch die Präclusion der Gläubiger, theils durch die Vertheilung der Concursmasse, die ruhende Erbschaft benachtheiligt werden würde**).

Decr. desselben Gerichtshofs vom 17. Dec. 1836.

*) Vergl. fr. 48 de admin. et peric. tut. 26, 7.
**) Vergl. fr. 14 de reb. auct. jud. poss. 42, 5: „Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt."

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 114.

Vergl. auch die Präj. 1. 2 u. 3 bei der hereditatis petitio c. 2.

II.

Streitig ist, ob die hereditas jacens fähig sei zu besitzen.

Einige bejahen dies, und nehmen an, daß nicht bloß

der Usucapionsbesitz ununterbrochen fortdauere, sondern dem Erben auch sofort nach dem Erbschaftsantritt, vor der wirklichen Besitzergreifung die possessorischen Rechtsmittel und namentlich die remedia recuperandae possessionis zuständen.

Leyser, med. ad P. sp. 371.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1. Nr. 15. S. 201 f.

Andere meinen, eigentlich könne wohl der Erbschaft kein Besitz zugeschrieben werden; aber die Praxis betrachte denjenigen, welcher für sie possessorische Rechtsmittel gebraucht, welche sich auf den Besitz des Erblassers gründen, als negot. gestor oder procurator des künftigen Erben, dessen Recht, wenn er die Erbschaft antrete, regelmäßig bis auf den Tod des Erblassers zurückgezogen würde, L. 54 D. 29, 2. L. 138 pr. L. 193 D. 50, 17. Es sei daher keinem Bedenken unterworfen, daß die hereditas jacens durch den Curator, welcher ihr so lange beigegeben werde, als entweder kein Erbe aufgetreten oder dieser in deliberatione begriffen sei, Besitz erwerben könne.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 478.
Schweppe, röm. P.-R. Th. 5. S. 779.

Andere meinen, für die hered. jacens bestehe kein Besitz, da sie dessen nicht fähig sei, L. 1. §. 15 si is qui testamento lib.; auch durch einen curator hereditatis sei dies nicht als möglich anerkannt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 79.
Unterholzner, Verjähr. Bd. 1. §. 133.
Savigny, Recht des Besitz. §. 28.
Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 185. Not. 2.

Andere lassen wenigstens auf den suus heres den Besitz ipso jure übergehen.

Accursius ad L. 11 D. de lib. et post.

Andere wollen wenigstens nach der Parömie: „der Todte erbt den Lebendigen“ eine Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze behaupten.

Schilter, exercit. ad P. XV. §. 11—17.
Fischer, das erbschaftliche Versendungsrecht ohne Besitzergreifung.
Phillips in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. 7. Abh. 1.

Hiergegen siehe

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 86.
Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 185. Not. 2.

Präjudiz 1.

Der Badebesitzer Meier war wegen Hypothekcapitals zu 1500 Thlr. verklagt und verurtheilt, solches Capital &c. binnen vier Wochen bei Vermeidung der Subhastation des verpfändeten Grundstücks zu bezahlen. Einige Tage vor Ablauf dieser Frist starb der Verklagte und dessen Intestaterben waren zur Zeit unbekannt. Der Notar N. wurde zum curator hereditatis bestellt, und von dem Kläger der Antrag gegen ihn auf Subhastation der verpfändeten Grundstücke gerichtet. Das Kreisgericht wies diesen Antrag zur Zeit zurück, weil die Bestellung des Verklagten zum curator hered. nur bezwecke, Eingriffe in die Erbschaft bis zum Bekanntwerden der Erben und bis zu deren Erklärung über den Erbschaftsantritt abzuwehren, nicht aber die Befugniß zu Dispositionen über die Erbmasse und zur Vertretung der Erben begründe, und weil der Verzug des Erblassers vor der Erklärung über die Erbschaftsantretung während der Deliberationsfrist den Erben nicht schaden könne.

Glück, Pand. Bd. 6. S. 535.

Auf erfolgte Appellation reformirte das OLG. unterm 14. Oct. 1845 den kreisgerichtlichen Bescheid aus folgenden Gründen:

Da der curator hereditatis die Erbmasse zu vertreten, insbesondere behuf Befriedigung der andringenden Gläubiger die nöthigen Veräußerungen vorzunehmen berechtigt und verpflichtet,

L. 8. L. 9 D. ex quib. caus. in poss. eat. 42, 4.
L. 23. §. 2. 3 u. 4 D. de hered. inst. 28, 5.

und im Allgemeinen ein jeder Curator innerhalb seines Wirkungskreises das seiner Aufsicht unterworfene Vermögen activ und passiv vor Gericht zu vertreten für befugt zu erachten,

L. 1. L. 2. L. 3 D. de curat. bon. dando 42, 7.
L. 5. §. 1 D. de Carban. ed. 37, 10.

auch während der Dauer der von dem Erben etwa erbetenen Deliberationsfrist die Rechtsverfolgung nicht gehemmt ist,

L. 5. §. 1. L. 6. L. 7. §. 3 D. de jure delib. 28, 8.

so wird &c.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 14. October 1845, in S. v. Michalkowsky c. Meier.

Präjudiz 2.

Gleichmäßig ist so entschieden in Sachen Krinbeck c. Hesse'schen Curator.

Besch. des OLG. zu Wolfenbüttel v. 20. Sept. 1847.

III.

Ueber die Dauer der hereditas jacens spricht sich das nachstehende Erkenntniß aus:

Präjudiz 1.

Nach erfolgtem Ableben eines Erblassers und bis zum Antritte der Erbschaft Seiten eines die Person des erstern repräsentirenden Successors mangelt es an einem Rechtssubjecte, von dem die den Nachlaß betreffenden Erklärungen und sonstigen Handlungen ausgehen können. Dieser interimistische Zustand, wo der Nachlaß als ruhende Masse (hereditas jacens) erscheint, kann dem Richter Veranlassung zu Bestellung eines Nachlaßvertreters geben, welcher in Betreff der zu einem solventen Nachlasse gehörigen Masse alles dasjenige vorzunehmen befugt ist, was auf die Verwaltung derselben als solche Bezug hat und dem zugleich, soweit es der Richter für angemessen erachtet, zur Pflicht gemacht werden kann, in Betreff einzelner angemeldeter Erbansprüche die Rolle eines contradictor zu übernehmen. Allein in der einen wie in der andern Beziehung gelangt die Function des Nachlaßvertreters zur Erledigung, sobald darüber Gewißheit vorhanden ist, daß irgend ein Erbe, der den Nachlaß auch wirklich antreten will, existire und nun nur noch zwischen gewissen Personen darüber gestritten wird, welche der nächste Intestaterbe sei. Denn unter dieser Voraussetzung hat der Richter den Erbprätendenten, als Parteien, die Wahrnehmung ihrer Rechte zu überlassen, und wegen Sicherstellung der Masse bis zu deren wirklicher Ausantwortung an den Erben bedarf es wenigstens bei Nachlässen, wie der vorliegende, keines besonderen curator massae.

Erk. des OAG. zu Dresden vom September 1847, in Pesolt's Nachlaß.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. f. Sachsen N. F. Bd. 7. H. 2. Nr. 16. S. 173.

Hereditatis petitio.

Glück, Pand. Bd. 7. §. 562 f.
Fabricius im rhein. Museum Bd. 4. S. 165 f.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 1.
Arndts, über das Wesen und den Umfang der hered. pet. in dessen Beiträgen Nr. 1.
Roßhirt, das testam. Erbrecht Bd. 2. S. 1 f.
v. Vangerow, Pand. §. 505 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 207 f.

I.

Streitig ist, ob die hereditatis petitio eine Personalklage sei.

Einige bejahen dies; denn die Richtung der Klage auf die corpora, die in der Hinterlassenschaft sich befänden, sei eine allgemeinere, als an sich die Natur einer

dinglichen Klage mit sich bringe. Hieraus, sowie aus dem Umstande, daß auch eine actio mixta in dem Sinne, wonach eine und dieselbe Klage zugleich personalis und realis sei, ohne Verletzung aller juristischen Consequenz nicht angenommen werden könne, folge, daß die hereditatis petitio, als in der Regel auf eine universitas corporum et jurium gerichtet, für eine reine Personalklage gehalten werden müsse, L. 7 C. de petit. hered. 3, 31.

Roßhirt im civ. Archiv Bd. 10. S. 31 f.
Roßhirt, testament. Erbrecht Bd. 2. S. 5 f. und gemeines Civilrecht Bd. 3. S. 2 u. S. 229 f.

Andere meinen, sie sei eine Vindication des Erbrechts, eine Klage auf Anerkennung des durch die Erwerbung der Erbschaft begründeten Rechts der Repräsentation eines Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse gegen diejenigen, welche dieses Recht irgend wie factisch beeinträchtigen. Sie gehöre zu den actiones in rem (Gajus IV, 16. 17. L. 25. §. 18 D. de hered. pet. 5, 3. L. 27. §. 3 de rei vind. 6, 1), wie ihr denn auch eine absolut lautende Intention, hereditatem actoris esse, entspreche. Der Ausdruck in L. 7 C. de petit. hered. 3, 31 erkläre sich durch die Vergleichung mit L. 25. §. 18 cit.

Löhr, Magazin IV. S. 17 f. u. im rhein Museum Bd. 2. S. 141.
Sintenis, Civilr. §. 190. Not. 1.
Savigny, System Bd. 5. S. 479.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 208.
Puchta im rhein. Museum Bd. 3. S. 303.

Andere meinen, die hered. pet. sei eine actio mixta, also sowohl eine Realklage, welche aus dem Erbrechte entspringe, als auch eine Klage, welche persönliche Leistungen, die in einer Verbindlichkeit beruhen, bezwecke, also eine actio in personam.

Voet ad P. 5. 3. §. 1.
Lauterbach, compend. juris p. 112.
Cocceji, jur. civ. controv. 5. 3. qu. 2.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 514.
Köchy, Commentar zu den Pand. §. 564.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 750.
Schweppe, röm. P.-R. §. 851.

Andere erklären die L. 7 Cod. cit. so, daß, wenn bei der Erbschaftsklage auch persönliche Leistungen mit in Streit gezogen werden, die hered. pet. in solchem Falle mit einer persönlichen Klage verbunden werde, so daß alsdann eine doppelte Klage angestellt sei.

Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner's Comment. S. 122—124.

II.

Ueber die Natur der heredit. petitio herrscht Streit.

Einige stellen folgende Theorie auf: das Charakteristische dabei sei, daß die hered. pet. nur gegen denjenigen angestellt werden könne, welcher sich eines vom wahren Erben noch nicht besessenen Nachlasses oder einzelner Stücke aus demselben bemächtigt habe. Jeder, welcher den Besitz von Nachlaßsachen ergreife, thue dies aber entweder in dem Glauben, er sei Erbe, oder mit dem Bewußtsein, er sei es nicht. Im ersteren Falle sei er redlicher Besitzer — possessor pro herede — im zweiten Fall ein unredlicher — poss. pro possessore — und bei letzterem sei es gleichgiltig, was er sonst für Gründe haben möge, weil nur der Glaube, daß ihm das Erbrecht zustehe, seine Handlung rechtfertigen könne. Gar kein Gebrauch von der hered. pet. könne aber gemacht werden, 1) wenn der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten aus dem Besitze einer ihm gehörigen Sache gekommen sei; 2) wenn ein Erbschaftsschuldner zu zahlen sich weigere, aber nicht aus dem Grunde, weil er sich selbst für den wahren Erben ausgebe, denn in diesem Falle gelte er allerdings als possessor pro herede und könne mit der her. pet. belangt werden; 3) wenn der Erbe selbst den Besitz einer von ihm schon besessenen Sache wieder verloren habe, und 4) wenn der jetzige Besitzer einer aus dem Nachlasse entfernten Sache sich derselben nicht selbst bemächtigt habe, sondern ein Singularsuccessor des Bemächtigers sei. In allen diesen Fällen müsse der Erbe die sonstigen gewöhnlichen Klagen — rei vind., actio Publiciana, oder actio in personam — anstellen, und namentlich in den beiden ersten Fällen sei dies durchaus dieselbe Klage, welche schon dem Erblasser bei seinen Lebzeiten zugestanden habe.

Fabricius im rhein. Mus. Bd. 4. S. 165 f.

Andere meinen, die hered. pet. sei ihrem Wesen nach nichts Anderes, als eine hereditatis vindicatio und ihr Zweck sei nur darauf gerichtet, daß eine rechtskräftige Anerkennung des klägerischen Erbrechts demjenigen gegenüber erfolge, der dasselbe bisher thatsächlich nicht anerkannt habe. Es sei deshalb nicht einzusehen, warum nicht möglicher Weise auch wegen solcher Sachen die Klage erhoben werden dürfe, die schon bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Besitz gekommen, oder die der Erbe schon im Besitz gehabt habe. Die beiden (von Fabricius) angenommenen Beschränkungen sub 1 u. 3 seien deshalb von vorne herein mit dem Wesen der hered. pet. nicht verträglich und im Widerspruch mit den Gesetzen L. 14. §. 2 D. quod metus causa 4, 2. L. 6. §. 5. L. 22. §. 1 de act. rer. amot. 25, 2. L. 33. §. 1 de usurp. et usucap. 41, 3. L. 19. §. 1. L. 44 de hered. pet. 5, 3. Die Berufung auf Gajus II, 52 sei unzutreffend, weil dort nur von der usucapio pro herede die Rede sei, welche freilich voraussetze, daß der Erbe den Besitz der fraglichen Sache noch nicht ergriffen habe, L. 29 de usurp. et usuc., und die Anführung des Gajus IV, 144 und §. 3 Inst. de interd. 4, 15 sei unzulässig, weil jene Beschränkung nur für das interd. quorum bonorum angenommen werde, wobei sich dieselbe aus der Eigenschaft eines interd. adipiscendae poss. von selbst ergebe, ohne daß ein Schluß auf die hered. pet. zulässig sei.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 505.
Arndts, Beiträge Nr. 1.
Sintenis, Civilr. §. 190. Not. 1.

Präjudiz 1.

Die Thätigkeit des Civilrichters kann sich nur in einer zweifachen Form äußern, nämlich entweder als Verwaltung der Streitigen, oder als Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das bei Herausgabe versiegelter Verlassenschaften stattfindende gerichtliche Verfahren nimmt dann, wenn sich nur ein Erbe gemeldet, und seine Ansprüche bescheinigt hat, oder wenn mehrere, unter Bescheinigung ihrer Erbansprüche aufgetretene Personen sich wechselseitig als Erben anerkennen, zwar allerdings die Natur der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Wo aber

die mehrern aufgetretenen angeblichen Erbberechtigten gegenseitig ihre Ansprüche bestreiten, da ist keine Veranlassung zur Ausübung eines Acts der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorhanden. Werden nun bei dem Verlassenschaftsgericht von Erbprätendenten Anträge auf Ausantwortung des Nachlasses gestellt, welche nicht gegen einen bestimmten Beklagten gerichtet sind, so kann darin die rechtliche Grundlage zur Einleitung eines Rechtsstreites nicht gefunden werden. Wollte man auch solche als gegen den angeordneten Curator der ruhenden Masse gerichtet ansehen, so würde doch dieser, welcher ohne Besitz pro herede oder pro possessore nur eine custodia ausübt, nicht der rechte Beklagte sein. Bei solchen Umständen entspricht es der richterlichen Amtspflicht, durch Sequestration des Nachlasses die Sache in diejenige Lage zu bringen, wodurch den verschiedenen Erbprätendenten die gerichtliche Verfolgung ihrer Ansprüche möglich gemacht wird, indem durch diese Anordnung der gemeinschaftliche Civilbesitz des Nachlasses, welchen der Sequester nur Namens der streitenden Theile detinirt, auf letztere übergeht, und daher jeder derselben, als Mitbesitzer des Nachlasses, zur Uebernahme der Rolle des Beklagten gegen eine von den andern Erbprätendenten erhobene possessorische oder petitorische Erbschaftsklage geeignet, wogegen die Rolle des Klägers derjenige zu übernehmen hat, welchem zunächst an der Ausantwortung des Nachlasses gelegen ist.

Decr. des OAG. zu Cassel vom 17. Jan. 1835
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 112.

Präjudiz 2.

In einem gegebenen Falle wurde die Erbschaft eines Verschollenen, H. P. aus G., von einem angeblichen Testamentserben in Anspruch genommen, und dagegen von den Geschwistern desselben, als Intestaterben, Einspruch eingelegt. Jener erhob die Erbschaftsklage gegen diese. Der Richter zweiter Instanz erkannte, daß die Klage „zur Zeit nicht stattfinde," indem, da der Verschollene noch nicht für todt erklärt und von der Obervormundschaftsbehörde die Ausfolge des Nachlasses an die wahren Berechtigten noch nicht angeordnet sei, die Klage nicht gegen die jetzigen Beklagten gerichtet werden könne. Der oberste Gerichtshof änderte diese Entscheidung ab, erklärte die Klage für jetzt schon statthaft, und wies die nächstvorigen Richter zur materiellen Entscheidung des Rechtsstreites an. Aus den Gründen ist auszuheben: „Bei dem Widerspruch der Beklagten gegen die Erbansprüche des Klägers ist eine außergerichtliche Entscheidung der Theilungs- und Vormundschaftsbehörde darüber unzulässig, und ebensowenig kann Kläger angehalten werden, seinen Anspruch gegen den aufgestellten Vermögensverwalter gerichtlich zu verfolgen. Auch abgesehen von dessen Erklärung, daß er bei dem Streite nicht betheiligt sei und er das Vermögen demjenigen, der sich als Sieger rechtsgenügend ausweise, ausfolgen werde, so wie abgesehen davon, daß, so lange die Einsprache des jetzigen Beklagten nicht durch rechtskräftiges Urtheil beseitigt ist, einer Ausfolge des Vermögens von Seite des Verwalters an den Kläger nicht stattgegeben werden könnte, ist dieser Güterpfleger, welcher nur zur Erhaltung und Verwaltung des von dem Verschollenen zurückgelassenen Vermögens bestellt worden, gar nicht befugt, bei Erbansprüchen an das ihm anvertraute Vermögen, das er weder pro herede noch pro possessore besitzt, die Rolle des Beklagten zu übernehmen. Vielmehr hat der Kläger seinen Erbanspruch nur gegen die von ihm gewählten Beklagten zu richten, indem sie es sind, welche jenen Anspruch bestreiten, und, den Tod ihres Bruders vorausgesetzt, selbst ein Erbrecht an dessen Nachlaß geltend machen, und aus diesem Grunde der Ausfolge des unter pflegschaftlicher Verwaltung befindlichen Vermögens an den Kläger Widerspruch entgegensetzen. Bei diesem Streite zwischen mehreren Erbprätendenten ist der Vermögensverwalter gar nicht betheiligt, sondern er hat, wenn das Erbrecht des Klägers durch rechtskräftiges Urtheil für begründet erachtet werden sollte, das Vermögen dem obsiegenden Kläger auszufolgen. — Demnach konnte die Entscheidung des vorigen Richters in keinem Fall für gerechtfertigt erkannt werden. Wenn die der Klage zum Grunde liegende Behauptung, daß H. P. aus G. gestorben sei, erwiesen wird, so stellt sich sein Vermögen mit dem Zeitpunkte seines Todes als eröffnete Erbschaft dar, an welche der Kläger und die Beklagten, als die einzigen bekannten Erbprätendenten, Ansprüche machen."

Erk. des Obertribunals zu Stuttgart v. 30. Juni 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 184.

Präjudiz 3.

Nach der gewöhnlichen Behandlung des sogenannten Edictal-Processes in Todesfällen, wo man die Erben des Verstorbenen nicht kennt, werden die mehrern collidirenden Prätendenten, welche auf die Ladung Erbansprüche angemeldet haben, zu einem Vorzugsstreit untereinander veranlaßt, während dessen sich der Nachlaß in Gerichtshänden befindet oder einem curator hered. jac. anvertraut ist, und in welchem Definitiv- oder Zwischenbescheide in Betreff des Erbrechts erlassen zu werden pflegen. Diese Behandlung ist eine unrichtige. Nach bekannter Vorschrift der Rechte,

fr. 9—13 de hered. petit. (5, 3).
fr. 25 pr. de oblig. et act. (44, 7).
C. 7 de petit. hered. (3, 31).

können alle Erbschaftsklagen, welche das Erbrecht selbst zum Gegenstande haben, nur wider einen (wahren oder fingirten) Besitzer der Erbschaft erhoben werden, mag derselbe die ganze Erbschaft oder auch nur einen Theil davon in Händen haben. Befindet sich aber der ganze Nachlaß in den Händen des Gerichts oder eines curator heredit. jac., so ist die Lage der Sache von der Art, daß bis jetzt ein Proceß unter den mehrern Prätendenten über das Erbrecht diejenige Berichtigung der Parteiverhältnisse entbehren würde, welche nach den Gesetzen nicht mangeln soll.

fr. 62 de judiciis (5, 1).
§. 4 Inst. de interd. (4, 15).

Eine unvermeidliche Folge wäre, daß weder eine wahre Litiscontestation, wie solche zu den wesentlichen Stücken des ordentlichen Processes gehört, vorkommen, noch auch von einem Präclusivtermine für den Vortrag der Einreden zur Zeit die Rede sein kann; beides aus dem Grunde, weil zur Zeit nicht erhellet, wer von den erschienenen Erbprätendenten Kläger, und wer von ihnen Beklagter sein könne und müsse. — Man sollte daher die unter Umständen der fraglichen Art zu erlassende öffentliche Aufforderung nur als das Mittel betrachten, um von Seite des Gerichts die Personen kennen zu lernen, welche wahrscheinliche Ansprüche auf die in Frage stehende Erbschaft zu machen haben, oder aber um sich zu überzeugen, daß dergleichen Prätendenten nicht vorhanden, oder doch nicht gesonnen sind, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen, und in dem einen, wie in dem andern Falle würde der Zweck des citirenden Gerichts zunächst nur sein, der lästigen Aufsicht über die cura hereditatis jacentis dadurch enthoben zu werden, daß die Erbschaft, wenn sich Niemand dazu finden will, dem Fiscus, außerdem aber demjenigen sich meldenden Erben, welcher darauf die wahrscheinlicheren Ansprüche bescheinigt, zu besitzen eingeräumt, und Andern, welche weniger wahrscheinliche Ansprüche haben, deren Verfolgung wider jenen Besitzer vorbehalten wird. — Solche Erwägungen wurden ausgesprochen in den Motiven eines

Erk. des OAG. zu Jena vom 11. Januar 1826.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 280.

Präjudiz 4.

Zur Begründung der hereditatis petitio des Erben gegen den Besitzer von Erbschaftssachen genügt die Behauptung, daß der Beklagte die Erbschaftssachen als Erbe oder ohne jeden Rechtsgrund besitze; es ist aber nicht die Behauptung erforderlich, daß der Beklagte den Besitz ursprünglich aus einem anmaßlichen oder nichtigen Grunde erlangt habe. Der Ehemann, welcher von seiner Ehefrau Vermögen als Dotal- oder Paraphernalgut bekommen hat; der Vater, der Vermögen seiner Kinder, welches dieselben von ihrer Mutter geerbt haben, als peculium adventitium besessen hat, kann daher, nachdem die Ehe durch den Tod getrennt, bez. die väterliche Gewalt aufgehoben ist, von den Kindern und Erben seiner verstorbenen Ehefrau wegen des bezeichneten Vermögens mit der hereditatis petitio belangt werden.

Erk. des OAG. zu Celle (Senat II.) vom 8. Februar 1856, in S. Banß gegen Banß, wegen Alimente.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 59.

Präjudiz 5.

Gleichmäßig und wörtlich ist so entschieden in Sachen Falke c. Falke, wegen Herausgabe des mütterlichen Nachlasses.

Erk. des OAG. zu Celle (Senat I.) vom 18. April 1856.

Präjudiz 6.

Die Bl. — erhobene Klage ist eine Erbschaftsklage, deren thatsächlicher Grund in der Behauptung besteht, daß die Kläger Descendenten der am 10. December 1851 verstorbenen Wittwe Wenzel seien und daß ihnen daher als Intestaterben der ganze Nachlaß, oder doch als Notherben, der gesetzliche Pflichttheil gebühre. Dadurch, daß sie dabei zugleich replicatorisch die Rechtsverbindlichkeit einer letztwilligen Verfügung der Wenzel bestreiten, auf deren Grund der Beklagte die Erbschaft in Anspruch nimmt, wird an dem Wesen der Erbschaftsklage nichts geändert; auch eine sogenannte hereditatis petitio qualificata bleibt eine Erbschaftsklage. Von einer bloßen Legitimation zur Sache, wie sie derjenige zu bewirken hat, welcher ein einzelnes, vorher einem Andern zuständig gewesenes Recht ausüben will, indem er behauptet, es sei solches durch einen dazu geeigneten Rechtstitel, z. B. Erbschaft, Cession rc., auf ihn übergegangen, ist hier nicht die Rede.

Erk. des OAG. Dresden vom August 1854, in Sachen Ant. Adolf Aug. Pohle's und Cons. c. Alex. Freihoff. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 13. H. 6. Nr. 204. S. 532.

Präjudiz 7.

Das Vermögen der St. Stephani-Kirche zu Helmstedt besteht nach dem corpus bonorum aus dem Vermögen des sogenannten Registers ad fabricam und aus dem Vermögen des sogenannten Gemeine-Kasten-Registers. Letzteres enthält verschiedene Aecker, Gärten, Erbenzinse, Korngefälle, Legaten- und sonstige Capitale. Aus den Aufkünften sind Zuschüsse zu den Gehalten der Kirchen- und Schuldiener, zu kirchlichen Bau- und Reparaturkosten bestritten, und ist der Ueberrest in die Kämmereikasse der Stadt geflossen. Bis zum Jahre 1809 sind die Rechnungen des Gemeine-Kasten-Registers von dem Kämmerer geführt, von den Kirchenvisitatoren abgenommen, und von dem Consistorium revidirt. In Folge eines königlich westphälischen Decrets vom Jahre 1810 ist dieser Vermögenscomplex mit dem städtischen Kämmerei-Vermögen vereinigt. Nachdem langjährige administrative Verhandlungen die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht bewirkt hatten, forderte im Jahre 1849 das Consistorium Namens der St. Stephani-Kirche gegen den Stadtmagistrat zu Helmstedt klagend Herausgabe des Gemeine-Kasten-Vermögens nebst Zinsen und Nutzungen rc. nach vorgängiger Rechnungsablage, und führte zur Begründung an, daß ihr das Eigenthum an diesem Vermögenscomplex zustehe, und daß sie jedenfalls dasselbe vermöge eines jede Verjährungszeit hindurch ausgeübten Nutzungsbesitzes erworben habe. Der Beklagte leugnete die behaupteten Eigenthumsrechte und bestritt die Zulässigkeit der angestellten Klage.

Das Kreisgericht Helmstedt erachtete in dem Erkenntnisse vom 11. April 1857 die Klage als eine rei vindicatio, gestützt auf die acquisitive Verjährung, und legte der Klägerin den Beweis auf:

> daß sich Klägerin vom Jahre 1810 zurückgerechnet in dem Nutzungsbesitze des zum Gemeine-Kasten-Register gehörenden Gütercomplexes entweder seit dreißig oder längeren Jahren oder seit unvordenklicher Zeit befunden habe.

In der Berufungsinstanz erkannte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 12. Septbr. 1857 reformatorisch, daß Klägerin zu beweisen habe:

> daß der unter dem Namen des Gemeine-Kasten-Registers begriffene Vermögenscomplex einen Bestandtheil des Vermögens der St. Stephani-Kirche bildet.

Aus den Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

Die Rückgabe der ohne Consens der Kirchen-Oberen veräußerten Güter der Kirchen und Stiftungen soll gesetzlicher Vorschrift zufolge mit dinglichen und persönlichen Klagen herbeigeführt werden.

L. 14. L. 21 C. de sacrosanctis eccl. 1, 2.
Nov. 7. c. 1. 5.
Nov. 120. c. 9.
C. 6. C. 12 X. de rebus eccl. alienandis 3, 13.
Kirchenordnung von 1709. c. 20. §. 6.
Neue Landschaftsordnung von 1832. §. 216 u. 217.

Das von der Klägerin in Anspruch genommene Vermögen des Gemeine-Kasten-Registers, als ein Complex von Sachen und Rechten, ist an sich und soweit dasselbe nicht hinlänglich bezeichnete körperliche Sachen umfaßt, allerdings kein möglicher Gegenstand der Eigenthumsklage, L. 56 de rei vind. 6, 1; gleichwohl aber entbehrt die erhobene Klage nicht der gesetzlichen Stütze, da schon nach römischem Rechte bei Quoten und Klassen eines ganzen Vermögens, wohin das fragliche, für gewisse Zwecke eigens gebildete und begrenzte Vermögen ohne Zweifel gehört, dem Berechtigten eine der Erbschaftsklage entsprechende Universalklage auf Herausgabe der Vermögensmasse in ihrer Gesammtheit nebst Accessionen und Nutzungen gegen den unbefugten Besitzer gegeben ist,

L. 20. §. 6—10 de hered. pet. 5, 3.
v. Reinhard, Ergänzungen zu Glück's Pand. Bd. 2. S. 393.
Höpfner, Commentar §. 278. S. 280.
Glosse zu L. 20. §. 10 D. t. c.
Brandu, observ. jur. Rom. dec. 1. cap. 6. pag. 54. 19.

heutzutage aber jedenfalls der Richter durch die Rücksicht auf die formelle Begrenzung des römischen Klagesystems nicht dergestalt beschränkt wird, daß er einer Forderung, welche in dem bestehenden Rechte ihren Grund hat, ihre Klage versagen müßte. Der Klägerin muß mithin, wofür auch der der actio Publiciana als Grundlage dienende und auf die hereditatis petitio Anwendung leidende Satz: qui prior tempore potior jure spricht,

Thibaut im Archiv für civilist. Praxis Bd. 7. Abh. 12. S. 230.

falls sie den Beweis zu führen vermag, daß das Gemeine-Kasten-Register, bevor die Beklagte sich in dessen Besitz gesetzt, einen Bestandtheil des Vermögens der St. Stephani-Kirche ausgemacht habe, solches auch ohne Nachweisung eines speciellen Erwerbtitels zugesprochen werden.

Die Beschwerde der Klägerin ist insofern, als das kreisgerichtliche Erkenntniß ihr den Beweis des die Verjährungszeit hindurch ausgeübten Nutzungsbesitzes auferlegt hat, für begründet zu halten, weil ein Complex von Sachen und Rechten nicht Gegenstand des Besitzes und der Usucapion sein kann, die Führung des Beweises also wenigstens in Ansehung der zum Gemeine-Kasten-Register gehörenden Forderungsrechte in der Unmöglichkeit beruht, und die Klägerin, welche ihre Rechte an den einzelnen Bestandtheilen desselben nicht mit Specialklagen geltend gemacht, sondern eine der Erbschaftsklage analoge Klage angestellt hat, nicht ihr Eigenthum und die persönlichen Verbindlichkeiten des Beklagten speciell zu erweisen nöthig hat, sondern, so wie der Beweis des Erbrechts zur Legitimation des Erbschaftsklägers ausreichend erscheint, eben auch nur den Beweis, daß das Gemeine-Kasten-Register zu dem Vermögen der St. Stephani-Kirche gehöre, zu führen braucht.

In der Cassationsinstanz sprach sich der Cassationshof zu Wolfenbüttel am 5. Dec. 1857 über die Natur der angestellten Klage folgendermaßen aus:

Der sent. a qua ist darin beizupflichten, daß an einem Inbegriff von Rechten und Sachen der bezeichneten Art, als an einem idealen Ganzen, ein Besitz und eine auf diesen gegründete Verjährung nicht stattfinde,

L. 30 pr. §. 2 de usurpat. et usucap. 41, 3.

und daß das Recht an dem ganzen Vermögenscomplex, insofern dieser nicht durch eine Universalsuccession erworben worden, mit einer dinglichen Universalklage nicht zu verfolgen sei:

v. Vangerow, Lehrbuch der Pand. Th. 1 S. 123 f.
Mühlenbruch, Lehrbuch der Pand. Th. 2. S. 223.
Archiv für civilist. Praxis Th. 17. S. 338.

sondern nur die einzelnen in dem Vermögen befindlichen körperlichen Sachen, vorausgesetzt, daß sie, wie jedoch von der

Klägerin nicht geschehen, speciell genug bezeichnet sind, Gegenstand der Eigenthumsklage sein können.

L. 56 D. de rei vind. 6, 1.

Es würde daher dem Beklagten zur Beschwerde gereichen, daß in dem angefochtenen Erkenntnisse der oben bemerkten Klage die Erbschaftsklage substituirt werden, wenn nicht andere Gründe zur Aufrechthaltung vorhanden wären. Denn obgleich dem Erben die Befugniß zusteht, von dem dritten Besitzer einer Erbschaft, welcher gleichfalls pro herede oder pro possessore besitzt, die Herausgabe des gesammten Nachlasses mit der hereditatis petitio zu fordern,

L. 20. §. 6—10 D. de her. pet. 5, 3.

und zu seiner Legitimation die Nachweisung, daß er Erbe geworden sei, genügt, so kann doch diese Eigenthümlichkeit der Erbschaftsklage eine analoge Anwendung auf andere dingliche Klagen, mit welchen Ansprüche auf einen etwaigen Vermögensbegriff verfolgt werden, nicht erleiden.

Archiv für civilist. Praxis l. c.

Die letztgedachte Klage würde also als unstatthaft, resp. in angebrachter Maße zurückzuweisen sein. Sobald indessen der Richter aus dem Zusammenhange der Geschichtserzählung den rechtlichen Gesichtspunkt, so wie den juristischen Namen für das in Frage kommende Verhältniß entnehmen kann und das petitum paßt, so ist es Pflicht des Richters, die Klage aufrecht zu erhalten.

L. un. C. ut quae desunt advoc. 2, 11.

Civ.-Pr.-Ordn. §. 103.

Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilproceß S. 214. (5. Aufl.)

In dem vorliegenden Falle sind nun aus den von beiden Theilen vorgetragenen Thatsachen für die Annahme genügende Momente vorhanden, daß die Klägerin zugleich auch ihren Anspruch auf eine Geschäftsführung des Beklagten gestützt habe. Führt Klägerin den ihr auferlegten Beweis, so hat der Beklagte die negotia der Klägerin gerirt, und ist dadurch zwischen den Parteien ein Obligationsnexus entstanden, welcher die Klägerin zur Anstellung der actio negotiorum gestorum directa berechtigt, und bringt hierin auch der Umstand, daß der Beklagte nicht die Absicht gehabt hat, die Geschäfte der Klägerin, sondern vermeintlich seine eigenen zu gerieren, eine Aenderung nicht hervor.

L. 3. §. 3. L. ult. in f. C. de negot. gest. 3, 5.

Die Klägerin kann mit dieser Klage Rechnungsablage verlangen,

§. 1 Inst. de obligat. quae quasi ex contr. 3, 28.

L. 2. L. 8. §. 1. L. 31. §. 3 D. de negot. gest. 3, 6.

L. 2 L. 7 C. eod. 2, 19.

Unterholzner, von den Schuldverhältnissen Bd. 2. S. 206.

Thibaut, Pand. §. 629. (8. Ausg.)

und ist über deren weitere Folgen in Bezug auf Herausgabe des Vermögens an die Klägerin demnächst vom Gerichte erster Instanz zu erkennen.

Zeitschrift für Rechtspflege für Braunschweig Jahrgang 5. Nr. 8. S. 122—125.

Präjudiz 8.

Als nach dem im Sept. 1855 erfolgten Tode des Altvaters L. der Hofswirth Meyer die Wohnung des Verstorbenen verschlossen und sich geweigert hatte, den Nachlaß an die durch Gesetz berufenen Erben herauszugeben und denselben ein Inventar mitzutheilen, forderten mehrere der Intestaterbberechtigten, Geschwister Lüders von dem Hofswirth Meyer unter der Behauptung, daß dieser sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt habe, gerichtlich klagend eine eidlich zu erhärtende Specification des Nachlasses und Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe ihrer Antheile an der Nachlassenschaft.

Der Beklagte leugnete, unter Annahme des darüber angetragenen Eides, den Nachlaß in Besitz genommen zu haben, obwohl er anerkannte, die Wohnung, in welcher der Nachlaß befindlich, verschlossen zu haben, und opponirte die Einrede der fehlenden Activlegitimation, da nicht die allerdings intestaterbberechtigten Kläger, sondern andere namentlich bezeichnete Personen in Folge eines mit dem Erblasser geschlossenen Erbvertrages dessen Erben geworden seien.

Durch Erkenntniß des Kreisgerichts Wolfenbüttel vom 1. Octbr. 1856 wurden die Kläger in der Voraussetzung, daß Beklagter eidlich bestätigen würde, daß er von dem Nachlasse nichts an sich genommen und unter sich behalten habe, mit der Klage zurückgewiesen, indem angenommen wurde, daß das Vorbringen, der Verstorbene habe durch einen Erbvertrag anderen Personen als den Intestaterbberechtigten den Nachlaß zugewiesen, als exceptio de jure tertii sich darstelle und in diesem Verfahren nicht zu berücksichtigen sei.

Die Kläger hielten sich durch dieses Erkenntniß für beschwert, weil Beklagter nicht dem Antrage gemäß verurtheilt worden, derselbe nicht wenigstens zur eidlichen Manifestation des Nachlasses schuldig erkannt sei.

Durch obergerichtliches Erkenntniß vom 6. März 1857 wurde die Berufung verworfen, in der Erwägung, daß

die Erbschaftsklage, wenn auch, gleich der Vindication, gegen den bloßen Detentor zulässig,

L. 9 D. de hered. pet. 5, 3.

vergl. mit L. 9 D. de rei vind. 6, 1.

Göschen, Vorlesungen Buch 5. S. 410.

v. Vangerow, Leitf. Bd. 2. §. 505 Anm.

doch nicht gegen denjenigen, welcher den Nachlaß oder einzelne dazu gehörige Sachen in eines Anderen Namen inne hat, gerichtet werden kann, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet,

L. 13. §. 12 D. de hered. pet.

letzterer vielmehr durch die Nennung des wirklichen Besitzers sich aus dem Streite zu ziehen berechtigt ist,

L. 2 Cod. ubi in rem 3, 19.

Bayer, Vorte. S. 60 f.

Glück, Comm. Bd. 7. S. 517.

daß nun die Kläger unter Eideszuschiebung behaupten, Beklagter habe sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt, Beklagter aber diese Besitzergreifung leugnet, den deferirten Eid eventuell acceptirt und die wirklichen Besitzer des Nachlasses benannt, mit dem Hinzufügen, daß er, um den Nachlaß gegen Entfremdungen zu schützen, lediglich die Alttheilswohnung verschlossen habe, daß in der letzterwähnten, dem Beklagten schon als Hofseigenthümer zustehenden Handlung eine Besitzergreifung des Nachlasses auch nicht zu finden ist, Kläger mithin des Beweises der Passivlegitimation dadurch nicht überhoben worden, und daß bei dieser Sachlage die in der sententia a qua unter Voraussetzung der Ausschwörung des dort normirten Eides erkannte Abweisung der Klage wegen des dann constatirten Mangels der Passivlegitimation völlig gerechtfertigt erscheint;

daß die Kläger außer der allgemeinen und vom Beklagten eidlich abzuleugnenden Behauptung der Besitzergreifung des Nachlasses keine Thatsache angeführt haben, welche als eine Einmischung des Beklagten betrachtet werden könnte, folglich auch nicht befugt sind, von demselben die Aufstellung eines Güterverzeichnisses und den Manifestationseid — unabhängig von der Erbschaftsklage — zu fordern.

Zeitschrift für Rechtspflege für Braunschweig Jahrgang 4. Nr. 5. S. 72 f.

Vergl. auch Erwerb des Erbrechts Präj. 1 zu Contr. 1.

III.

Streitig ist, ob die Grundsätze, welche bei der hered. petitio gelten, auch bei der rei vindicatio anzuwenden seien, und umgekehrt.

Einige wollen die Grundsätze, welche für die eine Klage gelten, nicht bloß analog, sondern geradezu auf die andere angewendet wissen.

Cujacius ad L. 27. §. ult. D. 6. 1 in opp. post. T. 4. p. 31.

Andere meinen, die Voraussetzungen und Wirkungen beider Klagen seien so verschieden, daß man, wenn es in den Quellen nicht geradezu gesagt sei, nur mit größter Behutsamkeit analoge Schlüsse von der einen Klage auf die andere machen dürfe,

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 1. S. 2.

woselbst die einzelnen Verschiedenheiten beider Klagen angeführt werden, S. 1—26.

Vergl. die zu Contr. 2 aufgef. Präj. und die Controversen 5 bis 16.

IV.

Nachdem die im römischen Rechte gebräuchlichen interrogationes in jure heutzutage nicht mehr anwendbar sind, kann dem Kläger zu wissen wichtig sein, ob vielleicht der Verklagte eine angeblich zur Erbschaft gehörige Sache ex titulo singulari besitze, so daß nicht etwa die hereditatis petitio, sondern eine specielle Klage anzustellen nöthig sei.

Streitig ist nun, wie der Kläger sich, um Verluste abzuwenden, vorzusehen habe.

Einige halten die interrogationes in jure auch heutzutage nicht für unstatthaft.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 520.

Andere, namentlich Praktiker, statuiren eine alternative Cumulation der Erbschaftsklage mit der rei vindicatio.

Cocceji, jur. civ. contr. 5. 3. qu. 9. not
Böhmer, doctr. de act. sect. III. §. 2.
Danz, ordentl. Proceß §. 84. Not. a.

Andere meinen, wenn die hered. petitio auch wider einen possessor singularis angestellt wäre, so könne doch der Richter der Billigkeit wegen eine solche Klagschrift bei Kräften erhalten, und ebenso erkennen, als wenn die rei vindicatio wäre angestellt worden.

Leyser, sp. 94. med. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 752.

Andere wollen zwar die letztere Ansicht alsdann für statthaft halten, wenn der Inhalt der Klage dies überall zulasse. In vielen Fällen könnte Kläger aber bei vorgeschützter Exception den titulus singularis betreffend gezwungen werden, in der Replik neue Thatsachen vorzubringen, um die except. zu entkräften, und dabei sei es möglich, daß der Kläger vielleicht wegen der mutatio libelli in Schaden komme.

Vergl. hierüber

Zimmermann im civil. Archiv Bd. 29. S. 437 f.
Itenr. Sintenis, cap. sel. ex jure civil. p. 62.
Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 35.

Präjudiz 1.

Muß die in Bezug auf Erbschaftssachen angestellte Klage nach dem Vorbringen des Klägers als Erbschaftsklage aufgefaßt werden, so ist dieselbe, wenn der Beklagte den Besitz der fraglichen Sachen z. B. durch Kauf erlangt zu haben behauptet, als unzulässig abzuweisen, indem

a) die Ansicht einiger Rechtslehrer, daß bei angestellter Erbschaftsklage die Eigenthumsklage stets zu subintelligiren, für fehlsam zu erachten ist, und

b) die vom Beklagten in der Vernehmlassung gemachte Angabe, er habe den Besitz der vom Kläger als Erbgut in Anspruch genommenen Sachen zufolge des Titels pro emtore erlangt, und setze solchen auch noch gegenwärtig fort, schon für sich allein, und ohne daß es eines weiteren Beweises über die Existenz jenes Titels bedarf, zur Beseitigung der Erbschaftsklage völlig ausreicht. Sache des Klägers wäre es gewesen, erforderlichen Falles über den Titel, worauf der Beklagte sein Besitzrecht gründet, vermittelst einer gesetzlich ihm gestatteten Klage sich zu vergewissern, oder mit der hereditatis petitio eine solche Klage zu verbinden, welche gegen den aus einem singulären Rechtstitel Besitzenden zulässig gewesen sein würde . . .

Erk. des OAG. zu Celle vom 9. Mai 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 203.

Siehe außerdem Präj. 4 und 5 zu Contr. 2.

V.

Streitig ist, inwiefern der bonae fidei possessor nach erfolgter litis contestatio einem malae fidei possessor gleich beurtheilt werde.

Einige meinen, er hafte nach erhobenem Processe nicht nur für jede culpa, sondern auch für casus.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 515.

Andere meinen, der bonae fidei possessor werde von dem Zeitpunkte an, quo primum scierit quisque a se peti etc., dem malae fidei possessor gleichgehalten: in Ansehung der Prästation der culpa, der Verbindlichkeit der Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen der später erst vorgenommenen Veräußerungen aus der Erbmasse, sowie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise, L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3 D. de hered. pet. 5, 3.

Holzschuher, Th. 3. S. 220.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 227.

Andere wollen die Gleichstellung des bon. fid. poss. mit dem mal. fid. poss. nur auf die beiden letzten Wirkungen beschränken.

Dollmann in den Bl. für Rechts-Anwend. Bd. 6. S. 355.

Hiergegen siehe

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 227. Not. 122.

Vergl.

Buchholtz, Abh. S. 11.
Sintenis, Civilr. §. 191. Not. 6.

VI.

Streitig ist, inwiefern der malae fidei possessor für den casus hafte.

Einige meinen, es bestehe ein Unterschied zwischen dem eigentlichen praedo und einem anderen malae fidei possessor. Jener solle unbedingt von Anfang an den Zufall tragen, L. 7 in f. D. de cond. furt. 13, 1. L. 1. §. 34. L. 19 D. de vi 43, 16, dieser aber nur, insofern der Zufall bei dem Kläger die Sache nicht betroffen haben würde, was dieser zu beweisen habe, L. 40 D. de hered. pet. 5, 3. L. 20. §. fin. D. eod.

Cocceji, jur. civ. contr. 5. 3. qu. 19.
Holacker, princ. jur. civ. §. 1679.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 557 und die das. Alleg.

Andere erinnern hiergegen, es werde in der Regel vermuthet, daß der Kläger durch zeitige Veräußerung den Schaden hätte vermeiden können, und nicht gefragt, ob er dies wirklich gethan haben würde (L. 40 pr. de hered. pet. 5, 3 potuit petitor distraxisse ea). Es sei um so weniger gestattet, dieses mit Rücksicht auf L. 15. §. 3 D. de rei vind. bloß hypothetisch zu verstehen, und darüber dem Kläger noch den Beweis aufzubürden, als man dieses selbst bei L. 15. §. 3 cit. noch mit gutem Grunde bezweifeln könne. Vergl. L. 47. §. 6 D. de legat. I.

Buchholz, jurist. Abh. Nr. 1. S. 12.
Dollmann in Seuffert's Bl. für Rechtsanwend. Bd. 6. S. 347.

Andere beschränken diese Haftung des praedo für den Zufall auf die Zeit nach der litis contest. oder nach erhobenem Proceß, L. 31. §. 3. L. 40 pr. de hered. pet. 5, 3, vergl. mit L. 25. §. 5 eod.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 515.
Göschen, Civilr. Bd. 3. S. 421.
Puchta, Pand. §. 517.
Dollmann in Seuffert's Bl. für Rechtsanwend. Bd. 6. S. 347.
Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 185.

Siehe hiergegen L. 20. §. 21 D. de hered. pet. im Zusammenhange mit §. 17 eod.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 224. Not. 100.

Andere meinen, der malae fid. poss. überhaupt müsse für casus einstehen, insofern dieser die Sache bei dem Kläger nicht betroffen, oder doch wenigstens für diesen die nachtheilige Folge desselben durch zeitige Veräußerung hätte abgewendet werden können, L. 20. §. 21 D. de hered. pet., vergl. mit L. 36. §. 3. L. 40 pr. D. eod.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 132. Not. 3.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 715. Not. 4.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 224.
und die bei Glück Pand. Bd. 7. S. 557. Not. 74 Aufg.

VII.

Streitig ist, inwiefern der malae fidei possessor für Zinsen hafte.

Einige meinen, vernachlässigte Zinsen könnten von ihm nicht gefordert werden, L. 20. §. 14 D. de hered. pet., und selbst nicht einmal die gezogenen Zinsen eines noch ausstehenden, von ihm verliehenen Capitals brauche er zu restituiren, wenn ihm nicht der Kläger die Gefahr des Capitals abnehme, L. 30 eod. L. 67. §. 1 pro socio 17, 2.

Thibaut, System §. 893.

Andere erinnern hiergegen, die L. 20. §. 14 cit. beweise ex argumento a contrario das Gegentheil, die L. 30 cit. spreche aber nur vom bon. fid. possess. Es müsse vielmehr folgende Regel aufgestellt werden: Hat der mal. fid. poss. erbschaftliche Gelder oder eingezogene Capitalien verzehrt oder in seinen Nutzen verwendet, so muß er diese nach ihrem vollen Betrage mit Zinsen ersetzen, nicht aber haftet er auch für vernachlässigte Zinsen von solchem erbschaftlichen Gelde, das er unbenutzt liegen ließ und nur auf seine Gefahr hätte verzinslich anlegen können, ausgenommen von der Zeit an, da er auf die Forderung des Klägers die Herausgabe doch verweigert, L. 51 in f. D. de rei vind. 6, 1.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 515.
Schweppe, röm. P.-R. §. 853.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 224.

VIII.

Streitig ist, ob der malae fidei possessor, wenn er irrthümlich angenommene Erbschaftsschulden oder ungiltige Legate gezahlt hat, gegen die Empfänger auf Rückforderung des Empfangenen klagen könne.

Einige meinen, der mal. fid. poss. habe die condictio indebiti, weil er wirklich aus Irrthum zahlte, wenn gleich wohl wissend, daß er jedenfalls nicht der Schuldner sei.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 231. Not. 137.

Andere wollen eine condictio sine causa für begründet halten.

Muacke, diss. de act. except. poss. pet. etc. §. 11 u. 22.

Andere wollen weder eine condictio indebiti noch cond. sine causa zulässig finden.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 508. S. 367.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 28.

Vergl.

Sintenis, Civilrecht §. 192. Not. 4.

IX.

Streitig ist, ob der Erbe den wahren Besitzer der Erbschaft auch dann in Anspruch nehmen dürfe, wenn ihm der fictus possessor den Werth und alles Interesse vergütet hat.

Einige leugnen dies; denn es streite gegen alle Billigkeit, das Seinige zweimal zu fordern, L. 57 D. de reg. jur., und diese Unbilligkeit leuchte hier um so mehr ein, als bei der Erbschaft die Regel pretium succedit in locum rei einträte. Auch sprächen in anderen Fällen die Gesetze L. 8. L. 20 D. de interrog. in jur. L. 24. L. 25. L. 26 de noxal. act. den wahren Besitzer frei, wenn der Eigenthümer des Werths der Sache wegen befriedigt sei. Vergl. L. 46 D. de rei vind. L. 1. L. 3 D. pro emtore.

Voet, Comm. 5. 3. §. 8.
Emminghaus ad Cocceji jur. civ. controv. 5. 3. qu. 4. not. m.
Erxleben, diss. de eo quod juris est circa fictam poss. cap. 3. memb. 2.
Hellfeld, jurispr. for. §. 565.

Andere meinen, dem Erben sei gegen den wahren Besitzer der Erbschaft noch eine Klage zu gestatten. Denn die Verurtheilung des fingirten Besitzers zur Erstattung des Werths nebst Interesse werde nur als Strafe für seinen dolus angesehen, wovon der eigentliche Realanspruch an der Erbschaft ganz verschieden sei. Ferner sprächen für diese Ansicht die bestimmtesten Gesetze, L. 13. §. 14 de hered. pet. 5, 3. L. 7 de rei vind. L. 95. §. 9 D. de solut. L. un. C. de alienat. jud. mut. c. fact.

Cocceji, jur. civ. controv. 5. 3. qu. 4.
Westphal, v. Verleg. u. Eröffn. d. Test. §. 436.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1673.
Malblanc, Dig. §. 377.
und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 531. Not. 8 u. 9 zahlreich Alleg.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 229.

Andere beschränken das Recht des Klägers, welcher bereits vom fictus possessor den Werth prästirt erhalten hat, wider den Besitzer selbst auf den Fall, daß dieser keinen Regreß an Ersteren nehmen könne, weil er sonst doppelt zahlen müsse.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 534 und die Not. 19 das. Allrg.

Andere widersprechen dieser letzten Ansicht theils wegen der citirten Gesetze, theils aus allgemeinen Gründen.

Sintenis, Civilr. §. 191. Not. 15.

X.

Streitig ist, ob der dritte Erwerber einer Sache, nach erfolgter Veräußerung der Sache Seitens des bonae fidei possessor, von dem Erben auf Herausgabe der Sache belangt werden könne.

Einige verneinen dies, gestützt auf L. 21. L. 25. §. 17 D. de hered. pet. 5, 3.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 133.

Andere meinen, die von den Gegnern angeführten Gesetze setzten voraus, daß der Kläger im Erbschaftsstreit einen vom jetzigen Verklagten gezahlten Preis erhalten habe; wenn aber der Besitzer die Sache verschenkt, oder den Preis nicht erhalten, oder denselben in Früchten verzehrt und deshalb dem Erben nichts restituirt hatte, so sei kein Grund, die Klage des Letzten gegen den dritten Besitzer, dem auch kein Rückgriff gegen den Veräußerer zustehe, auszuschließen, L. 16. §. 7 D. de hered. pet. 5, 3.

Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 192.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 229. Not. 128.

XI.

Streitig ist, ob die Schuldverbindlichkeit des Erben ipso jure getilgt werde, wenn der Verklagte an Gläubiger der Erbschaft oder Legatarien aus seinem Vermögen Zahlungen geleistet hat*).

Einige unterscheiden, ob der possessor die Zahlung suo oder hereditario nomine gemacht habe; im ersteren Falle gelte die Regel, daß der wahre Erbe nicht liberirt werde und dem Zahlenden nur die condictio indebiti zustehe, L. 31 pr. de hered. pet. 5, 3. L. 19. §. 1 de cond. indeb. 12, 6. L. 38. §. 2 de solut. 46, 3; wenn aber die Zahlung hereditario nomine gemacht worden, so trete ipso jure eine Tilgung der Schuldverbindlichkeit ein, L. 5 C. de pet. hered. Denn rücksichtlich des bonae fid. poss. müsse dies den Erfolg haben, wenn er in Voraussicht der Möglichkeit einer künftigen Bestreitung seines Erbrechts die Zahlung ausdrücklich im Namen der Erbschaft, wem dieselbe auch zukommen möge, leiste, und sich z. B. desfallsige Quittung geben lasse; rücksichtlich des mal. fid. poss., wenn er den Gläubigern gegenüber nur als Vertreter der Erbschaft handele.

A. Faber, ration. ad P. ad L. 31 de hered. pet. 5, 3.
Moncke, diss. de act. exceptionibusque possessori petitorive hereditat. rat. eorum, quae ipsis creditoribus legatariisque solverunt, competentibus §. 6. 14. 15. 23.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 26.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 230. Not. 132.

Andere meinen, die Unterscheidung der Zahlung suo nomine oder hered. nomine sei ohne Einfluß; es lasse sich nicht einsehen, wie Jemand, welcher in der Ueberzeugung, Erbe zu sein, zahle, anders als suo nomine zahlen könne; nur erst, wenn sein Erbrecht bestritten werde, sei solche Trennung möglich, und hierauf müsse die L. 5 C. cit. bezogen werden — wenn dieses Gesetz nicht etwa auf einem Mißverständnisse beruhe. Obwohl also der Erbe durch solche Zahlung nicht eigentlich liberirt werde, so könne doch der possessor bei Herausgabe der Erbschaft immer soviel in Abrechnung bringen, als er gezahlt habe, und sei nur zur Cession der condict. indebiti verpflichtet, L. 31 pr. de hered. pet. Wäre aber auch die Abrechnung erfolgt, ohne daß die cond. cedirt wäre, so würde doch der petitor durch exceptio doli gegen eine nachmalige Forderung der von dem possessor befriedigten Gläubiger geschützt sein, sowie diese selbst in solchem Falle sich auch gegen die cond. ind. mit dieser Einrede schützen könnten.

v. Vangerow, Pand. §. 508. S. 365.
Kämmerer in Gießer Zeitschr. Bd. 8. S. 196 f.
Sintenis, Civilr. §. 192. Not. 4.

Andere erinnern hiergegen, daß diese letzterwähnte exceptio doli dem petitor nur dann zustehe, wenn er sich von dem possessor die condictio habe cediren lassen,

Faber, ration. ad L. 31 de hered. pet.
Moncke, cit. diss. §. 15.

wogegen bemerkt wird, daß dieses gegen den Sinn der L. 31 pr. de hered. pet. sei, — denn der Uebergang von sed et deute auf einen Gegensatz, nicht auf eine Folge des Vorhergehenden.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 231. Not. 135.

Präjudiz 1.

Nach dem deutlichen Inhalte der
Const. 12. §. 1 de petit. hered. 3, 31*)
soll die Auseinandersetzung zwischen dem petitor und dem possessor hereditatis über die Leistungen und Aufwendungen, welche der eine oder der andere mit dem Anspruch auf eventuellen Ersatz gemacht haben sollte, folglich auch über diejenigen Gegenansprüche, wegen deren der zur Herausgabe des Nachlasses verpflichtete Erbschaftsbesitzer . . . ein Compensations- oder Retentionsrecht hat, erst dann stattfinden, postquam hereditatis petitionis judicium finem acceperit", d. h. nachdem der Streit um das Erbrecht entschieden ist und die Verpflichtung des Verklagten zur Herausgabe des Nachlasses in nunmehr realisirbarer Weise feststeht.

Da der possessor hereditatis während der Dauer des Erbschaftsprocesses den Besitz und die Verwaltung des Nachlasses behält, folglich fortdauernd in der Lage ist, Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, Verwendungen zu machen und sonstige Handlungen vorzunehmen, aus denen ihm für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsprocesse Ansprüche auf Retention oder Compensation rücksichtlich der Herausgabe des Nachlasses erwachsen, so ergibt sich von selbst, daß jedenfalls hinsichtlich alles desjenigen, was während der Dauer des Erbschaftsprocesses von solchen Retentions- und Compen-

*) Es tritt zwar nach geschehener Erbantretung eine Confusion des Vermögens des Erben und des Erblassers in der Art ein, daß die gegenseitigen Schulden und Forderungen für bezahlt gehalten werden, L. 5 C. de hered. 4, 16. L. 7 C. de pact. 2, 3. Allein diese Confusion findet nur nach Verhältniß des Erbantheils statt, und ein Erbe, welcher andere Erben neben sich hat, bleibt berechtigt, seine Forderung an den Erblasser von den Miterben pro parte coheredum einzuklagen, L. 50 D. de fidej. 46, 1. L. 7 C. de negot. gest. 2, 11. L. 7 C. de bonis auct. jud. 7, 72. L. 1 C. de hered. acquir. 4, 16. Es kann daher z. B. die Wittwe, ungeachtet sie die Erbschaft ihres Mannes nur zu 1/4 erworben hat, von ihren drei Kindern und Miterben 3/4 ihrer Illaten ersetzt verlangen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 8. Dec. 1834, in S. Feldmann c. Homeister.

*) Postquam enim hereditatis petitionis judiciom finem acceperit, tunc inter petitorem hereditatis et possessorem actionibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat. Quod si petitor vietus fuerit, simili modo a possessore judicis officio ei satisfiat, vel si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.

sationsansprüchen für den besiegten Erbschaftsbesitzer aus seiner Erbschaftsverwaltung während dieses Zeitraums entstanden ist, die Auseinandersetzung erst nach Ertheilung des Erkenntnisses über das streitige Erbrecht stattfinden kann, daß mithin insoweit jedenfalls auch die Geltendmachung solcher Retentions- und Compensations-Einreden in die Executions- oder Liquidationsinstanz gehört, und in dem Zusammenhang mit der Feststellung dessen, was der Erbschaftsbesitzer herauszugeben hat, vorkommen muß. Eine gleiche Behandlung ist zwar hinsichtlich derjenigen Retentions- und Compensationsansprüche des Erbschaftsbesitzers, welche aus der Zeit vor der Eröffnung des Erbschaftsprocesses herrühren, nicht nothwendig geboten, und es befindet sich insoweit der possessor hereditatis allerdings in der factischen Lage, die Begründung dieser Gegenansprüche schon in der Erklärung auf die Klage und im Zusammenhang mit seiner Vertheidigung in der Hauptsache factisch begründen zu können.

Wollte man indessen dieses fordern, so würde sich hieraus die Nothwendigkeit einer zweimaligen Auseinandersetzung zwischen dem petitor und possessor ergeben, von denen die eine, welche die bei Eröffnung des Erbschaftsprocesses bereits erwachsenen Retentions- und Compensationsverhältnisse beträfe, schon im ersten Verfahren, die zweite bezüglich später hinzukommender derartiger Verhältnisse in der Liquidationsinstanz stattfinden müßte. Schon das offenbar Unpraktische, nutzlos Dilatorische und Kostspielige einer solchen Separation ist Grund genug, die ganze Verhandlung an eine und dieselbe Processstelle, nämlich in die Liquidationsinstanz zu verlegen. Hierfür sprechen aber auch noch innere Gründe. Die hereditatis petitio ist — und darin hat sich ihr Charakter in dem neueren Rechte nicht wesentlich verändert — zunächst auf Anerkennung des Erbrechts und in der praktischen Folge dessen auf Feststellung der Verbindlichkeit des Beklagten zur Herausgabe des Nachlasses überhaupt gerichtet. Es ist also das Erbrecht des Klägers als universum jus desselben einerseits und der Nachlaß in seiner Universalität andererseits der einzige Gegenstand der Rechtsverfolgung. Angaben darüber, worin der Nachlaß in seinen specifischen Substanzen bestehe, welche Bestandtheile der Beklagte besitze — sofern nur dargelegt wird, daß er überhaupt Besitzer von Nachlaßsachen, gleichviel welcher, ist — sind zur Begründung der hereditatis petitio nicht erforderlich. Daher wird auch die demnächstige Sentenz, neben Anerkennung des klägerischen Erbrechts, auf Verurtheilung des Beklagten lediglich zur Herausgabe des Nachlasses im Ganzen gerichtet, und erst das auf Grundlage dieses Ausspruches einzuleitende weitere Verfahren bahnt mittelst der Manifestation und des Defectenbeweises die Feststellung des objectiven Inhalts der herauszugebenden Erbschaft in ihren einzelnen Bestandtheilen an. Dem Bereiche dieser Feststellung aber gehört auch die Ermittlung der dem possessor zu gute kommenden Abzüge und Vergütungen an, mögen sie sich zur Compensation oder nur zur Retention eignen, als passiver Einzelsubstanzen des Nachlasses, als deducendum aes alienum. Auf der Erwägung dieser Natur der Sache beruht auch die Vorschrift der

Const. 12 t. e.,

deren durchgreifende Anwendung ohne Rücksicht auf frühere oder spätere Entstehung der betreffenden Gegenansprüche deshalb keinem begründeten Bedenken unterliegen möchte.

Vergl. Sintenis, Civilr. Bd. 3. S. 567 f. 582.

Aus diesen Gründen wurde der Bescheid des Obergerichts, wodurch die Retentionseinrede eines mit der hereditatis petitio belangten Erbschaftsbesitzers in das Liquidationsverfahren, als allein dahin gehörig, verwiesen war, oberstrichterlich bestätigt.

Erk. des OAG. zu Cassel vom Jahre 1857.
Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 49.

XII.

Leistet der bon. fid. poss. irrthümlich Zahlungen an vermeintliche Erbschaftsgläubiger, so streitet man, ob er das so Gezahlte gegen Cession seiner condictio indebiti bei Restitution der Erbschaft in Anrechnung bringen dürfe.

Einige verneinen dies wegen L. 20. §. 18 D. de hered. pet. 5, 3. Auch solle ja der Verklagte nicht gegen jeden Schaden geschützt werden, der ihm in Ansehung seines eigenen Vermögens durch die irrige Meinung, Erbe zu sein, verursacht worden.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 231.
Muncke, diss. de act. except. poss. pet. etc. §. 21 u. 23.
A. Faber, ration. ad L. 17 de hered. pet.

Andere meinen, wenn man erwäge, daß der bon. fid. possessor schlechthin keinen Schaden aus dem Erbschaftsbesitze haben, und ihm dabei auch bis zur Zeit des anhängig gemachten Erbschaftsstreits keinerlei culpa angerechnet werden solle, L. 25. §. 11 D. de hered. pet. 5, 3, so sei es angemessen, die L. 20. §. 18 cit. bloß von einem bon. fid. possessor post controversiam motam zu verstehen.

v. Vangerow, Pand. §. 508. S. 366 f.

Hiergegen siehe

Holzschuher, Th. 3. S. 220.
Sintenis, Civilr. §. 192. Not. 4.

XIII.

Streitig ist, ob der bon. fid. poss. die vor dem Proceß consumirten Früchte zu restituiren habe.

Einige verneinen dies überhaupt wegen §. 2 Inst. de off. jud.

Höfler, diss. de immunitate bon. fid. poss. a restit. fruct. §. 13.

Andere meinen, er sei zur Restitution auch der consumirten Früchte verbunden, so weit er noch jetzt bereichert ist, cf. L. 1. §. 1 C. de pet. hered.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 567.
Sintenis, Civilr. §. 191. Not. 19.

Präjudiz 1.

Der Erbe, welcher sich, nachdem er die Erbschaft einige Zeit hindurch besessen hat, davon (befugtermaßen, wie vorausgesetzt wird) lossagt, ist für jene Zeit als Verwalter fremden Gutes zu betrachten, und seine Verbindlichkeit ist ganz dieselbe, wie die eines jeden Verwalters fremden Gutes, und wie die des Beklagten bei der hereditatis petitio. Er muß über seine Verwaltung Rechnung legen, und dasjenige, was er von der Erbschaft noch besitzt, herausgeben.

fr. 25. §. 18 de hered. pet. 5, 3.
Glück, Comment. Bd. 7. §. 566 a. E. S. 541.
Erk. des OAG. zu Dresden, verkünd. den 28. Dec. 1850.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 237.

Präjudiz 2.

. . . wird mitgetheilt, und da,

die Zinsen und Früchte anlangend, bei Entscheidung der Frage, ob der gutgläubige Besitzer bereichert sei oder nicht, es auf den Zeitpunkt der Litiscontestation ankommt,

L. 36. §. 4 D. de hered. pet. 5, 3.

und aus der in einer früheren Zeit etwa geschehenen Erhebung von Geldern eine zur Zeit der Litiscontestation noch vorhandene Bereicherung nicht folgt, mithin die letzte von demjenigen, welcher solche behauptet, nachzuweisen, nicht aber von dem Gegner zu widerlegen ist,

so wird rc.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 11. Juni 1844, in S. Capelle u. Weinschenk.

XIV.

Streitig ist, ob und mit welcher Wirkung derjenige, welcher sich aus gutem Grunde für den wahren Erben hält, auf

den Grund dieses Besitzes einzelne zur Erbschaft gehörende Sachen durch ordentliche Ersitzung erwerben könne? (sog. usucapio pro herede).

Einige meinen, eine solche Ersitzung finde zwar allerdings statt, und bringe zunächst alle Wirkungen des Eigenthumserwerbs mit sich; nichtsdestoweniger aber müsse der ersitzende Pseudoerbe die noch in seinen Händen befindlichen usucapirten Sachen, sowie die durch spätere Veräußerung derselben gewonnene Bereicherung dem wahren Erben, der mit der hered. pet. gegen ihn auftrete, herausgeben. Dieser Rechtssatz stütze sich auf die Consequenz des Hadrianischen Senatsconsults, L. 20. §. 6. L. 22. L. 25. §. 11 sq. L. 28. L. 55 D. de hered. pet., auf den durch Gajus aufgeklärten historischen Zusammenhang, Gaj. II, 52—58. III, 201, und auf entscheidende Stellen des Justinianischen Rechts, L. 4. L. 7 C. de pet. hered. L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2.

> Fabricius im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 195 f.
> Unterholzner das. Bd. 5. S. 26 f.
> Löhr im civil. Archiv Bd. 12. S. 86. Not. 2.
> Peucer, diss. de usucap. pro hered. §. 6. 15 u. 20.
> Benfey in der allgem. Literaturzeit. 1840. Bd. 3. S. 22.
> Schilling, Instit. Bd. 2. S. 627.
> v. Vangerow, Pand §. 320. Not. 1.
> Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 131. Not. 6.

Andere meinen, auch in Beziehung auf den heres verus könne der bon. fid. poss. die Ersitzung der einzelnen Erbschaftssachen geltend machen, arg. L. 3 D. pro hered. L. 5. §. 1 D. pro suo. L. 33. §. 1 D. 41, 3.

> Gesterding, vom Eigenthum S. 292.
> Elden, diss. de usucap. pro herede §. 35.
> Roßhirt, Civilrecht Bd. 2. S. 114.
> Derselbe im civil. Archiv Bd. 9. Nr. 1 u. in seiner Zeitschr. Bd. 1. S. 121—123.

XV.

Es ist Grundsatz, daß der bonae fid. possessor die Erbschaft nur soweit restituirt, als er dadurch noch bereichert ist.

Streitig ist aber, wie dem Kläger zu helfen sei, wenn der bonae fid. possessor sich für den Universalerben gehalten hat, während ihm nur die Hälfte gebührte, und er hätte zu der Zeit, wo der Miterbe Klage gegen ihn erhob, schon die Hälfte des Nachlasses aufgezehrt. L. 25. §. 15 D. de hered. pet.

Einige meinen, der Verklagte habe seine Hälfte verzehrt, und müsse daher dem Kläger alles Uebrige restituiren. Diese Ansicht sei der Analogie und der Billigkeit gemäß, und die L. 25 cit. sei deshalb interpolirt.

> A. Faber, conject. jur. civ. lib. 18. c. 2.

Andere meinen, von den in der L. 25 cit. angeführten drei Meinungen der römischen Juristen habe Ulpian sich für die letztere, nämlich dahin erklärt, daß der Kläger nur die Hälfte von dem, was der Verklagte von der Erbschaft besitze, bekommen könne. Diese ausgesprochene Ansicht von Ulpian habe auch ihren guten Grund; der Verklagte habe nicht auf seinen Theil, sondern in dem Glauben, er sei Universalerbe, auf das Ganze gezehrt; er behalte also, insofern er, wie hier vorauszusetzen sei, durch die Consumtion nicht reicher geworden sei, seinen Antheil an dem Ueberreste. Das nämliche Theilungsprincip sei auch in L. 54 ad SC. Trebell. ausgesprochen.

> Glück, Pand. Bd. 8. S. 12 f. und die Not. 22. 23 u. 24 Alleg.

XVI.

Es ist Grundsatz, daß der bon. fid. possessor wegen seiner Verfügungen unter keinen Umständen Schaden haben solle. Wenn nun der Erbe einen dritten Besitzer, welcher sein Recht vom bon. fid. poss. herleitet, und diesen deshalb wegen Eviction belangen konnte, angreift, so wird, zur Aufrechthaltung jenes Grundsatzes, dem Verklagten eine Einrede gegeben, daß der vindicirende Erbe sich an den Verkäufer halten solle, und der Käufer ist dann gesichert, L. 25. §. 17 D. de hered. pet. 5, 3.

Ueber die Natur dieser Einrede, exceptio quod praejudicium non fiat hereditati, nach römischem Recht und deren praktische Bedeutung nach heutigem Proceßrecht herrscht Streit.

Vergl. hierüber

> Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 189.
> Beckenhöft über die Identität u. s. w. der Rechtsverhältnisse S. 398 f.
> Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 214 f.
> Sintenis, Civilrecht §. 191. Not. 16.
> Schweppe, röm. P.-R. §. 857.
> Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 753.

XVII.

Wenn der wahre Miterbe seinen Theil, ein Nichterbe den andern Theil besitzt, so müßte nach strengem Rechte der nicht besitzende Miterbe eigentlich sowohl den Miterben als den Nichterben belangen.

Man streitet nun, welche Aenderung die L. 1. §. 3 D. de hered. pet. 5, 3 eingeführt habe.

Einige meinen, die Aenderung der L. 1. §. 3 cit. bestehe darin, daß der Fall einer bereits reell getheilten Erbschaft vorgelegen, wo also die Gegner die Erbschaft nach Gegenständen getheilt besitzen, gleichviel, ob solche Theilung durch gütliche Uebereinkunft oder mittelst der Erbtheilungsklage bewirkt sei. Hier sei die Klage nur gegen den falschen Miterben zu richten. Dies bestätige die L. 8 D. de rei vind.

> Voet ad P. 5. 3. §. 2.
> Glück, Pand. Bd. 8. S. 4.
> Göschen, Civilrecht Bd. 32. S. 444.

Andere verstehen die L. 1. §. 3 cit. von dem Falle, wenn der wahre und falsche Miterbe die Erbschaft noch in ungetheiltem Besitze — pro indiviso — hätten. Schon der Ausdruck des Gesetzes vertrage sich nicht wohl mit der Annahme, daß der Eine z. B. dieses, der Andere jenes Grundstück oder andere Erbschaftssachen besitze. Auch wäre es eine unmotivirte Abweichung von der Consequenz, gegen den Miterben, der im alleinigen Besitze z. B. eines gemeinschaftlichen Landguts sei, die hered. pet. partiaria zu versagen, da doch der

Kläger die Einräumung des Mitbesitzes dieses Landguts pro indiviso zu fordern berechtigt sei, und deshalb, möge er nun gegen den Dritten unterliegen oder siegen, da die res judicata in diesem Rechtsstreite jenem nicht nütze, doch jedenfalls gegen ihn die hered. pet. anstellen könnte. Zudem sei die Frage, an non plus coheres habeat sua parte, bei Verschiedenartigkeit der Besitzgegenstände nur durch das judicium familiae herciscundae zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. — Man habe zwar dagegen bemerkt, nach dieser Erklärung der L. 1. §. 3 cit. sei des Pegasus Meinung schon der strengsten Consequenz gemäß, Ulpian aber finde darin eine Abweichung von der Consequenz. Allein in schärfster Strenge hätten die römischen Juristen folgendermaßen argumentirt: „der Theilerbe vindicirt einen ideellen Theil der Erbschaft, d. h. das jus successionis; dieses gibt ihm Anspruch auf einen entsprechenden Theil alles desjenigen, was zur Erbschaft gehört, wo es sich auch finde, es sei selbst wieder ein Theil oder ein Ganzes, und so vindicirt er die Erbschaft pro parte auch selbst gegen den nur pro parte als Miterben Besitzenden; denn streng genommen kann man nicht sagen, daß die pars pro indiviso, die ein Dritter als anmaßlicher Miterbe besitzt, gerade die dem Erbtheile des Klägers entsprechende sei; vielmehr ist dieser, wie jeder andere Theil, wiederum nach Verhältniß der Erbtheile unter die wahren Erben getheilt zu denken." — Diese Consequenz wäre aber zu subtil, und sei darum von den römischen Juristen verlassen.

A. Faber, ration. ad L. 1. §. 3 D. 5. 3.
Westphal, von Vorlegung u. Eröffn. der Testam. §. 351.
Donellus, Comment. lib. 29. cap. 16. §. 5.
v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 8.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 215.

XVIII.

Streitig ist, ob die hered. petitio partiaria auch gegen solche Personen, welche der Kläger nicht als Erben anerkennt, angestellt werden könne.

Einige meinen, der Unterschied zwischen der Universal- und Particular-Erbschaftsklage bestehe darin, daß jene wider einen solchen angestellt werden könne, den der Kläger nicht als Erben anerkenne, diese aber gegen einen, den der Kläger als Miterben agnoscire, während der Verklagte den Kläger dafür nicht gelten lassen wolle.

Höpfner, Institut. §. 707.

Andere meinen, bestimmte Gesetze, L. 1. §. 2 D. de hered. pet. 5, 3, bewiesen, daß die hered. pet. partiaria auch gegen einen solchen angestellt werden könne, dem der Kläger gar kein Erbrecht zugestehe. Wenn nun ein Kläger vielleicht zur Hälfte Miterbe sei, und der Verklagte besitze gerade den Theil, den der Kläger beanspruche, so könne nach strengem Rechte der Verklagte doch nur belangt werden, die Hälfte der Erbschaft herauszugeben, nicht aber gerade den Theil, den er besitze.

Malblanc, Dig. P. II. §. 380. Nro. 1.
Glück, Pand. Bd. 8. S. 3.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 213. Not. 42.

Präjudiz 1.

Wenn der Erbschaftsbeklagte das Erbrecht des Klägers bestreitet und die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, so erscheint er nach

fr. 13. §. 13 de hered. pet. 5, 3.

als der rechte Beklagte, sollte er auch von den Erbschaftssachen nichts besitzen, indem sich diese in den Händen und unter der Verwaltung eines Erbschaftscurators befinden. Der Curator einer liegenden Erbschaft besitzt nur in fremdem Namen, und muß sie seiner Zeit demjenigen überliefern, welcher durch Urtheil als Erbe anerkannt wird. Da auch mehrere Besitzer einer Erbschaft unter einander über das Erbrecht streiten können,

fr. 1. §. 2 si pars hered. pet. 5, 4.

so steht es der Anstellung der Klage von Seite des einen Prätendenten gegen den andern nicht entgegen, daß der Curator angesehen wird, als besitze er Namens beider streitender Theile. Die Herausgabe der Vermögenstheile, welche der Curator verwaltet, kann von den Beklagten durch Abtretung ihrer Klagen gegen denselben erfolgen.

fr. 13. §. 15. fr. 16. §. 4 de hered. pet. 5, 3.
Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 12. Oct. 1836.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 265.

XIX.

Ebenso streitet man, ob die hered. pet. partiaria auch gegen Miterben und solche, die coheredum loco sind, angestellt werden könne.

Dies verneint

Pfeiffer, diss. de usuc. pro herede p. 25. not. 53.

im Widerspruch mit fast allen Rechtslehrern.

Glück, Pand. Bd. 8. S. 3.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 213.

XX.

Streitig ist, auf wie viel die hered. pet. partiaria zu richten sei, wenn ungewiß ist, wie viel Kinder die schwangere Wittwe zur Welt bringen werde, und das Erbrecht von Geschwisterkindern, also successio in capita in Frage kommt.

Einige meinen, es müsse der Richter einstweilen nach Willkür bestimmen, was für die noch ungeborenen Miterben zurückgelegt werden solle, L. 1. L. 3 D. de hered. pet. 5, 3.

Thibaut, System §. 889.
Westphal, Vorlegung und Eröffnung der Testam. §. 519.
Glück, Pand. Bd. 8. S. 8 u. die Not. 16 Alleg.

Andere meinen, es sei das Auskunftsmittel zu treffen, daß auf jede schwangere Wittwe drei Theile zu rechnen und zurückzulegen seien.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1674.

Siehe hiergegen

Voet, Comm. 5. 4. §. 3.
Westenberg, princ. jur. 5. 4. §. 6.
Malblanc, Dig. 5. 4. §. 380.

XXI.

Streitig ist, ob der Kläger, wenn er sein Erbrecht auf Intestaterbfolge gründet, die Nichtexistenz eines Testaments zu beweisen habe.

Einige behaupten dies, weil die Nichtexistenz des Testaments die nothwendige Bedingung einer Rechtsentstehung sei. Es müsse deshalb der Collateralerbe anführen und beweisen, daß der Erblasser ohne legitime Descendenten und ohne Testament verstorben sei.

Borst, von der Beweislast §. 24.
Gensler im civil. Archiv Bd. 1. S. 271.

Vergl.

Weber, von der Beweisführung im Civilproceß S. 189. a. b u. c.

Andere stimmen diesem, wenigstens für das römische Recht, bei.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 362.

Andere meinen, daß der Kläger im Allgemeinen die Nichtexistenz eines Testaments nicht zu beweisen brauche. Nur wenn ihm ein anscheinend gültiges Testament entgegengehalten werde, müsse er darthun, daß gleichwohl durch dasselbe sein Intestaterbrecht nicht ausgeschlossen werde, sei es, weil das Testament verfälscht und untergeschoben sei, oder weil es von Anfang an nichtig gewesen oder späterhin ungiltig geworden sei.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 219.

Andere meinen, der Kläger brauche nie zu beweisen, daß der Erblasser ohne letztwillige Disposition gestorben sei, auch wenn er diesen Umstand in der Klage angeführt haben sollte; vielmehr liege dem Verklagten der Beweis ob, wenn dieser einwendet, daß ein Testament vorhanden sei.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 510.
Voet ad P. 5. 3. §. 4.
Thibaut, System §. 891.
Schweppe, röm. P.-R. §. 852.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 515.
Sintenis, Civilr. §. 190. Not. 4.
Bethmann-Hollweg, Versuche S. 363.

Präjudiz 1.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde geäußert:

Wenn die Beklagten darauf hingewiesen haben, es könne durch Testament die gesetzliche Erbfolge geändert sein, so verdient dies keine Berücksichtigung, weil nach heutigem Proceßrechte das Dasein einer letztwilligen Verfügung, dem klagenden Intestaterben gegenüber, als Einrede bestimmt vorgeschützt und erwiesen werden muß.

Glück, Comment. Bd. 7. S. 510.
Wening-Ingenheim, Civilr. Buch 5. §. 192.
Bethmann-Hollweg, Versuche S. 363.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 28 Oct. 1852.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 314.

XXII.

Nimmt der Kläger als Intestaterbe eine Erbschaft in Anspruch, so braucht er nicht darzuthun, daß der Erblasser, ohne eine Disposition über sein Vermögen zu hinterlassen, gestorben sei, obgleich dieser Umstand häufig in der Klage behauptet wird (f. Contr. 21); vielmehr liegt dem Verklagten der Beweis ob, daß der Erblasser ein Testament nachgelassen habe. Der Kläger braucht also nur sein Verwandtschaftsverhältniß, worauf die Klage gestützt ist, zu beweisen. Ist der Besitzer der Erbschaft ein Fremder, so genügt der Beweis der Verwandtschaft des Klägers mit dem Erblasser; ist dagegen der Besitzer der Erbschaft ein Verwandter des Erblassers, so streitet man, wie die Beweisauflage zu beschaffen sei.

Einige meinen, auch in diesem Falle brauche der Kläger nur die Verwandtschaft überhaupt zu beweisen. Die Proximität des Klägers werde solange vermuthet, als der Verklagte nicht bewiesen, daß er in gleichem oder näherem Grade verwandt sei. Durch den Beweis der Verwandtschaft sei ein Anspruch auf die Erbschaft, also ein Klagerecht begründet, und wenn der Verklagte behaupte, er sei eben so nahe oder noch näher mit dem Erblasser verwandt, so sei solches eine Einrede, welche das Klagerecht ganz oder theilweise aufhebe, mithin von dem Verklagten zu beweisen sei. Auch würde im entgegengesetzten Falle dem Kläger der Beweis einer Verneinung, nämlich daß der Verklagte kein näherer Verwandter sei, auferlegt werden müssen, welches mit den Grundsätzen der Beweisführung im Widerspruch stehe.

Leyser, med sp. 98. med. 4 u. 9.

Andere meinen, dem Kläger liege der schwierige Beweis ob, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sei, welcher Beweis in der Regel durch Edictalladungen beschafft werden könne.

Siehe

Bethmann Hollweg, Versuche.

Andere meinen, um den Verklagten, insofern derselbe mit dem Erblasser verwandt sei, zu vertreiben, müsse Kläger darthun, daß er nähere Ansprüche auf die Erbschaft habe, also ein näherer Verwandter als der Verklagte sei. Hierin beruhe der Grund der Klage, ohne dessen Beweis kein Recht vom Richter nicht anerkannt werden könne.

Weber, von der Beweisführung (Ausg. v. Heffter) S. 283.
Wernher, obs. 448.
Voet ad P. 5. 3. §. 6.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1684.
Mühlenbruch, princ. jur. Rom. §. 376.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 511 u. 750.
Sintenis, Civilr. §. 190. S. 555.
Thibaut, System §. 740 u. 891.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 515.
Gans im Rechtslexikon Bd. 2. S. 134.

Andere meinen, es müsse sowohl Kläger als Verklagter sein Verwandtschaftsverhältniß beweisen, und es bedürfe dann darüber, welche von beiden Parteien der nächste Erbe sei, nur der richterlichen Beurtheilung.

Göschen, Civilrecht Bd. 32. S. 417.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 220.
Holzschuher, Th. 3. S. 220.

Vergl.

Magazin für hannov. Recht Bd. 2. H. 3. S. 453.

Präjudiz 1.

Wenn bei Anstellung der Klage aus einer Forderung der Verklagte vom Gläubiger als einziger Erbe des Schuldners in Anspruch genommen, und von ihm hierauf die Einrede mehrerer Miterben vorgeschützt wird, so liegt ihm alsdann der Beweis der Coexistenz mehrerer Mitberechtigten, also nur des denselben geschehenen Anfalls der Erbschaft, nicht aber auch zugleich die Nachweisung ob, daß die übrigen zur Erbschaft Berufenen weggefallen seien.

So wurde von dem Obergerichte zu Cassel im Jahre 1836 erkannt, in S. Scheffer'sche Curator c. Regel'sche Erben.

Präjudiz 2.

Stützt hingegen der Kläger den Anspruch an den Verklagten auf den Erwerb der Erbschaft durch seine Rechtsvorfahren, so ist der Kläger verbunden, auch die Erbschaftsantretung speciell zu beweisen.

So wurde erkannt von dem OAG. zu Cassel am 17. Oct. 1840, in S. Mottz, gen. Maquinet, c. Maquinet.

Präjudiz 3.

Handelt es sich endlich von einem Erbschaftsantritte

des Klägers, so bedarf es in dieser Beziehung keiner weiteren Nachweisung, da eine solche Antretung schon in der Klaganstellung zu finden ist.

So wurde von dem OG. zu Cassel im Jahre 1840 erkannt, in S. Bünau c. Lüblich'schen Curator.

Strippelmann, neue Sammlung Th. 2. S. 82 f.

Präjudiz 4.

Die Einrede der mehreren Erben ist eine wahre Einrede, also vom Verklagten zu beweisen; denn in dem Erbewerden liegt eine successio in omne jus defuncti, und wer eine Beschränkung dieses Rechts, die sich auf besondere Thatsachen stützen muß, behauptet, muß solche auch beweisen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 1. Juni 1829, in S. der Kirche zu Mekendorf c. Völkerling.

Präjudiz 5.

Eine Hauptursache der Verzögerung, welche häufig die Behandlung der Verlassenschaftssachen in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit erleidet, liegt in der Ansicht vieler Gerichte, es sei Aufgabe der Verlassenschaftsbehörde, die Intestaterben des Verstorbenen von Amtswegen (durch Edictalladung) auszumitteln, und zwar nicht nur in Fällen, wo kein Testament vorhanden ist, sondern auch bei dem Dasein eines Testamentes, um in letzterem Falle die Intestaterben über die Anerkennung desselben zu vernehmen. Diese Ansicht ist nicht in der Natur der Sache gegründet, und hat ebensowenig Vorschriften der Gesetze für sich. Vom Gerichte wird in der Regel nur für diejenigen gesorgt, welche ihre Ansprüche anmelden und geltend machen. Indem liegt Ausmittelung und Feststellung des Erbrechts dieser oder jener Personen außer der Sphäre der Verlassenschaftsverhandlung; durch die Erledigung der Verlassenschaftssache wird keiner Rechtsverfolgung der Interessenten präjudicirt.

Diese Grundsätze sind in der Praxis des OAG. zu Cassel adoptirt. Strippelmann (Sammlung Th. 6. S. 118) äußert hierüber: „In der That liegt kein Grund zur Anordnung einer vorgängigen Edictalcitation, weder bei dem Immissionsgesuch des Testaments-, noch bei dem des Intestaterben vor. Nach der Praxis wird daher im Allgemeinen nur erfordert, daß die auftretenden angeblichen Erben ihr präsumtives alleiniges Erbrecht bescheinigen, um die Entsiegelung eines im Interesse abwesender und dergleichen Erben von Amtswegen obsignirten Nachlasses und den vorläufigen Besitz desselben zu erlangen; und, so lange nicht gezeigt wird, daß nähere oder noch andere gleich nahe Verwandte vorhanden seien, werden jene in diesen Besitz eingewiesen und erhalten." Hierzu ist Bezug genommen auf

OAGErk. vom 7. März 1834, in S. Hilbewig u. Cons.; von 1832, in S. Fröhlich; von 1833, in S. v. Baumbach, gen. Gresse, und Bode g. Scheffer.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 278.

Präjudiz 6.

Ist der beklagte Besitzer der Erbschaft nicht auch Blutsverwandter des Erblassers, so hat der Kläger nur seine Verwandtschaft, nicht aber darzuthun, daß nicht noch andere gleich nahe oder nähere Verwandte vorhanden seien.

Linde in der Gießer Zeitschr. Bd. 1. Nr. 5.

Wenn vom Beklagten eine andere bestimmte Person als ein mit dem Kläger gleich naher oder noch näherer Verwandter bezeichnet wird, und darauf eine Einrede begründet werden will, so erscheint diese lediglich als unstatthafte Einrede aus den Rechten eines Dritten. Kann beklagterseits nicht behauptet werden, daß von der bezeichneten Person oder deren Rechtsnachfolgern Ansprüche auf den fraglichen Nachlaß wirklich erhoben worden, und ist dieselbe etwa als verschollen zu betrachten, so liegen in diesen Umständen noch weitere Gründe vor, die entgegengesetzte Einrede als unerheblich zu verwerfen.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 12. Oct. 1836.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 258.

Präjudiz 7.

Im Falle der Besitzer der Erbschaft ebenfalls ein Verwandter des Erblassers ist, kann der mit der Erbschaftsklage auftretende Intestaterbe nicht mit dem bloßen Beweise der Verwandtschaft, sondern nur durch die Erprobung näherer Ansprüche, also durch den Beweis der näheren Verwandtschaft mit dem Erblasser durchdringen, da hierin der Grund der Klage beruht, ohne dessen Beweis sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden darf.

Glück, Commentar Bd. 7. S. 750 f.
Thibaut, System §. 740 f.
Leyser, med. ad P. Vol. 2. spec. 98. med. 9.
Erk. des Hof- u. AG. zu Wiesbaden v. 15. April 1851, in S. Ruppert c. Ruppert; bestätigt durch Erk. des dortigen OAG. vom 14. Oct. 1851.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 315.

Präjudiz 8.

Zur Legitimation der Intestaterben bedarf es einer Edictalladung nicht; vielmehr genügt die Nachweisung des Verwandtschaftsverhältnisses und des Todes der Mittelspersonen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 3. Sept. 1833, in S. den Ringel'schen Nachlaß betr.

XXIII.

Streitig ist, wie der Beweis aufzufassen sei, wenn der Verklagte dem Kläger, als angeblichem nächsten Intestaterben, den Einwand entgegensetzt, daß ein Dritter der wahre Erbe sei, und zwar entweder näherer Intestaterbe oder Testamentserbe.

Einige meinen, dieser Einwand sei eine exceptio de jure tertii, und sei deshalb unwirksam.

Linde in Gießer Zeitschr. Bd. 1. S. 163.
Schmidt, gerichtl. Klagen und Einreden §. 536, vergl. mit des Sohns Commentar dazu Bd. 2. S. 469.

Andere meinen, dieser Einwand des Verklagten sei richtiger als negative Litiscontestation, als Verneinung des Erbrechts oder als Versuch des Gegenbeweises gegen den durch den Beweis seiner Verwandtschaft vom Kläger versuchten Beweis seines Erbrechts aufzufassen, und diesen Gegenbeweis müsse der Kläger wieder durch die Nachweisung entkräften, daß jene näheren Verwandten etwa als erbunfähige, oder weil sie die Erbschaft nicht wollten, ihm nicht entgegenständen, arg. L. 2 D. si pars hered. pet. 5, 4.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 220. Not. 77.
Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 4.

Präjudiz 1.

Die Beklagten hatten dem erblichen Uebergang der wider sie eingeklagten Forderungen auf die Erblasserin der Klägerin widersprochen, der oberste Gerichtshof aber diesen Uebergang auf dem Grunde eines von dem königlich sächsischen Justizamte zu Dresden ausgestellten Zeugnisses, daß die L. K. vor dieser Behörde erklärt habe, sie wolle den Nachlaß des Fräuleins v. T. zur activen und passiven Vertretung angetreten haben, und daß ihr sofort die Verlassenschaft ausgehändigt worden sei, als erwiesen angenommen.

Die Beklagten ergriffen gegen das Urtheil das Rechtsmittel der Revision, und fochten unter Anderem den auf jene Sachlegitimation sich beziehenden Satz der Entscheidungsgründe an:

> „daß im vorliegenden Processe nur die Frage: wer thatsächlich Erbe geworden, zu untersuchen sei, nicht aber darüber entschieden werden könne, ob der von der zuständigen Behörde zugelassene Erbschaftsantritt gesetzlich gerechtfertigt gewesen sei."

Diese Beschwerde wurde jedoch von dem Revisionsgericht als unbegründet verworfen aus folgenden Motiven:

Im gegenwärtigen Processe, welcher nicht zwischen mehreren Erbprätendenten über ein streitiges Erbfolgerecht, sondern zwischen dem angeblichen Erben des ursprünglichen Gläubigers und den Erbschaftsschuldnern über gewisse zum Nachlaß ge-

hörige Forderungsrechte geführt wird, kommt die, die Sachlegitimation der Kläger betreffende Frage: ob die L. K. Erbin der v. T. geworden, lediglich als eine Thatfrage in Betracht. Diese thatsächliche Voraussetzung der Klage ist durch den Inhalt der Theilungsacten und durch die der Klägerin von dem Justizamt zu Dresden ausgestellten Zeugnisse ... genügend nachgewiesen.

Die gegen das Erbrecht der L. K. vorgebrachte Einwendung, daß das Testament der v. T. gar keine oder wenigstens keine rechtsgiltige Erbeinsetzung der K. enthalte, steht den beklagten Erbschaftsschuldnern nicht zu. Wäre dieses Vorbringen begründet, so würde daraus nur folgen, daß nicht die K., sondern daß dritte Personen zur Erbschaft berufen gewesen seien, und daß diese, wenn sie ihr Recht ausüben wollten, hätten Erben werden können. Nur die Rechte dieser zur Erbschaft berufenen Dritten, nicht aber die Rechte der Erbschaftsschuldner wären verletzt, wenn der Erbschaftsantritt der K. ein unbefugter gewesen wäre, und hierüber könnte nur in einem zwischen den verschiedenen Erbprätendenten selbst geführten Processe entschieden werden.

Dem Erbschaftsschuldner kann es nur darum zu thun sein, daß er durch die von ihm an den klagenden Erben geleistete Zahlung von seiner Verbindlichkeit, auch etwaigen andern Prätendenten gegenüber, befreit werde. Ist dieses der Fall, so hat es für ihn kein rechtliches Interesse, ob jener der wahre Erbe, oder ob etwa ein besser Berechtigter vorhanden sei. Wo aber, wie in Sachsen, eigene rechtspolizeiliche Behörden bestehen, unter deren amtlicher Leitung das ganze Theilungsverfahren vor sich geht, da folgt es schon aus dem Wesen und Zwecke dieser Einrichtung, daß ein Erbschaftsschuldner, welcher nach beendigtem Theilungsverfahren auf dem Grund der von der zuständigen Theilungsbehörde dem Erben ausgestellten Legitimationsurkunde und im Vertrauen auf die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens die Schuld an den ihm angewiesenen Erben bezahlt, gegen Ansprüche etwaiger näherer Erbberechtigter ebenso gesichert sein muß, als wenn er den Schuldbetrag vor beendigter Theilung an die Theilungsbehörde oder an den von ihr bestellten Erbmassepfleger bezahlt haben würde. Jedenfalls könnte die gegründete Besorgniß vor der Gefahr einer doppelten Zahlung den Schuldner nur dazu berechtigen, solche Maßregeln zu beantragen, durch welche er (wie z. B. durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldbetrags oder durch Cautionsleistung von Seiten des klagenden Erben) gegen jene Gefahr gesichert würde.

In dem Munde der Beklagten erscheint daher die gegen das Erbrecht der K. erhobene Einwendung als eine dem Rechte Dritter entnommene Einwendung, und zwar ist sie, da sämmtliche Betheiligte bei dem Erbschaftsantritte der K. bis jetzt sich beruhigt haben, dem Rechte solcher Dritter entnommen, von welchen nicht einmal gewiß ist, ob sie überhaupt existiren, und ob sie jemals von ihrem Rechte Gebrauch machen wollen.

Revisionsentscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 11. Januar 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 243.

Präjudiz 2.

Derjenige, welcher, wenn er als Erbe in Anspruch genommen wird, sein alleiniges Erbrecht in Abrede stellt, und das Dasein mehrerer Miterben behauptet, um sich dadurch von der Verbindlichkeit auf das Ganze zu befreien, ist den Beweis dieser Behauptung zu führen schuldig; aber nur dahin, daß außer ihm noch Mehrere zur Erbschaft berufen seien, nicht auch, daß sie die Erbschaft angetreten haben. Vielmehr muß alsdann der Gegner beweisen, daß die Berufenen die Erbschaft ausgeschlagen haben.

Hannoversche Declaration vom 24. Mai 1822.
Magazin für hannoversches Recht Bd. 2. H. 3. S. 453.
Erk. des OAG. zu Celle vom Jahre 1852, in Sachen Hinsch c. Heimburg.

Vergl. auch Erwerb des Erbrechts Contr. 19. Präj. 2.

XXIV.

Gründet der Kläger sein Erbrecht auf ein Testament, und der Verklagte bestreitet dessen Giltigkeit, so streitet man, wer die Beweisführung zu übernehmen habe.

Einige meinen, dem Kläger liege der Beweis der Abwesenheit der Ungiltigkeitsgründe ob, dahin, daß das Testament auf rechtsgiltige Weise errichtet sei, und der Verklagte habe den Beweis seiner Einrede der Ungiltigkeit nicht darzuthun. Denn wenn der Verklagte das, was zur Begründung der Klage gehört, nicht ganz einräume, so müsse der Kläger Beweise deshalb führen *).

Harprecht, diss. de eo quod justum est circa probat. tabulis testamenti amissis sect. II. §. 7.
Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 327.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 509.

Andere meinen, gestützt auf L. 11 C. de probat. 4, 19, vergl. mit L. 22 D. eod. 22, 3 u. L. 5 C. de codic. 6, 36, daß, wenn das Testament seiner Form nach dem Rechte gemäß erscheine, und der Beklagte bestreite dennoch dessen Giltigkeit, z. B. wegen Unfähigkeit des Testators oder eines Zeugen, wegen Uebergehung von Notherben oder Errichtung eines späteren Testaments, so sei es Sache des Verklagten, den Grund dieser Behauptungen zu erweisen.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 217.
Heffter's Ausgabe von Weber's Beweisf. S. 192 u. 275 f.
Sintenis, Civilrecht §. 190. S. 556.

*) Das Stadtgericht zu Frankfurt forderte von dem Testamentserben, sogar um nur die Immission zu erlangen, den Beweis, daß keine Notherben vorhanden seien.
cf. Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 217. Not. 65.

Präjudiz 1.

Die Beobachtung der positiven Vorschriften muß, wenn sie vom Gegner bestritten wird, derjenige beweisen, welcher sich mit seinen Ansprüchen auf die Gültigkeit des Testaments gründet, also namentlich die Negation, sowie die (gleichzeitige) Anwesenheit sämmtlicher Testamentszeugen, ferner die Vorzeigung des schriftlichen Testaments, dessen Angabe als letztwillige Verfügung des Testirers, sowie dessen Unterzeichnung durch den Testirer, nicht weniger den Inhalt des letzten Willens beim mündlichen Testamente.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 11. März 1835, 8. April 1843 und 31. August 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub Nr. 6.

Präjudiz 2.

B. hatte in einem solennen, vor 7 Zeugen errichteten und von dem Testator und den Zeugen unterschriebenen und untersiegelten Testamente seine eine Schwester, verehelichte Bührig, mit Uebergehung seiner übrigen Geschwister, resp. der Kinder vorverstorbener Geschwister, zur Universalerbin eingesetzt und war unverheirathet und ohne Hinterlassung von Ascendenten verstorben. Am Schlusse des Testaments fand sich die übliche Codicillarclausel und die Bemerkung, daß er, der Testator, „diesen seinen letzten Willen in Gegenwart der zu diesem Zwecke geladenen und mit dem Zwecke des Erscheinens bekannt gemachten 7 Testamentszeugen eigenhändig unterschrieben und besiegelt habe". Eine im Testamente übergangene Schwestertochter des Testators, verehelichte Kick, forderte nun von der eingesetzten Erbin mit der hereditatis petitio ihren Intestaterbtheil, indem sie die Nichtigkeit des Testaments behauptete, weil die Zeugen nicht rogirt seien und nicht gewußt hätten, was sie unterschrieben, weil der Testator das Testament weder in Gegenwart der Zeugen unterschrieben, noch dasselbe als seinen letzten Willen erklärt habe, weil die Zeugen bei der Unterschrift und Besiegelung nicht alle zugleich gegenwärtig gewesen wären und weil die Zeugen nicht ein Jeder selbst gesiegelt hätten. Die Beklagte läugnete diese Mängel und behauptete, daß es uner-

heblich sei, ob jeder Zeuge selbst das Siegel beigedruckt oder ob Einer solches für den Andern gethan habe.

Das Kreisgericht Braunschweig legte in dem Erkenntnisse vom 27. October 1857 der Beklagtin den Beweis der Einrede des ihr zuständigen testamentarischen Erbrechts dahin auf:

daß B. die als Zeugen aufgeführten Personen, nachdem sie sich versammelt, aufgefordert habe, bei der jetzt von ihm beabsichtigten Testamentserrichtung als Zeugen zu dienen;

daß er denselben darauf das Testament vorgelegt habe mit der Eröffnung, daß dasselbe sein Testament sei;

daß er darauf selbst dieses Testament in Gegenwart sämmtlicher Zeugen unterschrieben habe, und

daß dann solches auch von den Zeugen eigenhändig mit ihrer Namensunterschrift versehen und besiegelt sei,

und ließ der Klägerin den Gegenbeweis dahin nach:

daß das Testament von den Zeugen oder von welchem derselben nicht eigenhändig besiegelt sei, oder daß die Zeugen nicht alle bei der Testamentserrichtung bis zum Schlusse fortwährend zugegen gewesen seien.

Eventuell wurde rücksichtlich der Codicillarclausel der Beklagten der Beweis obiger Requisite in Bezug auf 5 Zeugen auferlegt.

Das Kreisgericht ging dabei von der Erwägung aus, daß die Einrede der Beklagtin sich nur auf ein giltiges Testament stützen könne, daß das vorliegende Testament speciell über die Beobachtung der fraglichen Formen nichts enthalte, auch überall Zeichen des öffentlichen Glaubens nicht an sich trage, daß also Beklagte nachzuweisen habe, daß das Testament in gehöriger Form errichtet sei. Diese Nachweisung der vorgeschriebenen Solennitäten, rogatio testium, Vorlegung des Testaments mit der entsprechenden Eröffnung des Testators, Unterzeichnung desselben durch den Testator und Unterschrift und Besiegelung der Zeugen, bildeten ihrer Natur nach eine fortlaufende Reihenfolge, und wer die Unterbrechung dieser unitas actus behaupten wolle, müsse solche unter Anführung entsprechender Thatsachen beweisen. Die Zeugen seien Solennitätszeugen, würden also zu einem Acte zugezogen, welcher seiner Natur nach eine Substituirung nicht zulasse, und könnten daher die eigenen dabei vorkommenden Handlungen, also auch die Besiegelung, einem Dritten nicht überlassen. Würden eventuell nur die Codicillsformen (5 Zeugen) nachgewiesen, so sei zwar die Erbeseinsetzung nichtig, jedoch müßten die Intestaterben die Erbschaft nach Abzug der quarta Trebelliana dem eingesetzt gewesenen Erben als Fideicommiß zurückgeben, und die

L. 8 C. de codic.,

nach welcher derjenige, welcher mit dem aus einem Testamente hergeleiteten Anspruche abgewiesen sei, später auf die dem Testamente beigefügte Codicillarclausel sich nicht berufen könne, sei nicht anwendbar, wenn in Gemäßheit der Eventualmaxime des heutigen Processes beide Ansprüche gleichzeitig zum Verfahren und zur Entscheidung gebracht würden.

In der Berufungsinstanz führte die Beklagtin aus, daß die von dem Kreisgerichte aufgestellte Theorie über die Beweislast völlig unpraktisch und unausführbar sei; daß, wenn es sich um den Nachweis eines formellen Rechtsgeschäfts handele, nur die äußere, in die Erscheinung getretene Form nachgewiesen zu werden brauche, wogegen der Nachweis etwaniger bei Entstehung der Form untergelaufener, nicht in die Erscheinung getretener Mängel dem Gegenbeweise anheimfalle.

v. Savigny, röm. Recht Bd. 5. S. 154 f.
Weber, Beweisführung §. 30—32.
Heffter, Zusätze S. 218. 1. S. 220 u. 221.
Mühlenbruch, Civilproceß §. 279. S. 140.
Schmitt, Handbuch des Civilprocesses Bd. 2. §. 123. S. 188. 3.
Weiske, Rechtslexikon Bd. 2 S. 130. 132. 133. Not. 72.

Diese Grundsätze fänden auch im römischen Rechte Bestätigung, indem auf den Grund eines als echt nachgewiesenen und äußerlich fehlerfreien Testaments dem Instituirten eine missio in bona gegeben werde, also der, welcher dasselbe anfechten wolle, als Kläger den Angriff formiren und nachweisen müsse.

L. 11 C. de probat. 4, 19.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel erkannte am 12. Februar 1858 reformatorisch, daß Klägerin behuf der Ungiltigkeitserklärung des Testaments als solchen und eventuell als Codicills darzuthun habe,

daß die zugezogenen 7 Zeugen von dem Testator B. nicht rogirt seien,

oder

daß der verstorbene B. das Testament in Gegenwart der Zeugen weder unterschrieben noch als seinen letzten Willen erklärt habe,

mit Vorbehalt des Gegenbeweises für die Beklagtin im Allgemeinen, insbesondere behuf Aufrechthaltung des Testaments als Codicills, daß wenigstens fünf von den sieben Testamentszeugen rogirt seien, aus folgenden

Gründen:

Das von der Klägerin producirte, von ihr angefochtene, von der Beklagtin vertheidigte Testament stellt sich nach seinem Inhalte und den eigenen Vorträgen der Klägerin als ein solennes Privattestament, und zwar nicht als ein mündlich erklärtes, nachher schriftlich aufgesetztes, sondern als ein schriftliches heraus. Die Form eines solchen schriftlichen Testaments ist von den Gesetzen dahin bestimmt, daß vor und in Gegenwart von sieben fähigen, zu diesem Behufe rogirten Solennitätszeugen in einem Acte der Testator die Urkunde als seinen letzten Willen erklärt, sie unterschreibt und sodann von den Zeugen, welchen der Inhalt der Urkunde nicht bekannt gemacht zu werden braucht, unterschreiben und untersiegeln läßt.

L. 20. §. ult. L. 21. §. 2 u. 3. L. 22. §. 5. L. 30 qui testam. facere poss. 28, 1.
L. 21 pr. L. 28 pr. §. 1 Cod. de testam. 6, 23.
§. 1—3 Inst. de test. ord. 2, 10.

Das Testament des Testators vom 14. Sept. 1855, von welchem Klägerin ausdrücklich anerkennt, daß es von dem Testator dem Inhalte und der Form nach, wie sie solches selbst zu den Acten in Abschrift gebracht hat, hinterlassen sei, entspricht den gesetzlichen hinsichtlich der Form gestellten Erfordernissen; Beklagtin braucht daher nicht zu erweisen, daß die in dem Testamente der äußeren Erscheinung nach gewahrten Formen auch wirklich beobachtet seien, sondern vielmehr muß Klägerin darthun, daß die Verletzung der Formen, welche wider den Inhalt des Testaments in der Wirklichkeit nicht beobachtet sein sollen, stattgefunden habe, zumal sie das Testament als formwidrig angreift und auf die Formwidrigkeiten des Testaments ihre Klage gründet; und es macht dabei keinen Unterschied, daß das Testament nicht von einer mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Behörde oder Person errichtet ist.

arg. L. ult. Cod. de edicto divi Hadriani tollendo.
L. 11 Cod. de probat. 4, 19.
Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisf. S. 278 ff.
Bayer, Vorträge über den ord. Civilproceß 7. Auflage. S. 429.

Die einzelnen von der Klägerin gerügten Formwidrigkeiten, in Bezug auf welche ihr an sich die Beweislast obliegt, sind folgende:

1) Die zugezogenen 7 Zeugen sind nicht rogirt worden und haben nicht gewußt, was sie unterschrieben haben und unterschreiben sollen. Die unterlassene Rogation, welche eine wesentliche Testamentsform ist, enthält die Behauptung einer einfachen Thatsache und muß daher der Klägerin zum Beweise verstellt werden. Der Zusatz über die Unwissenheit der Zeugen geht entweder darauf, daß sie mit dem Zwecke ihres Erscheinens und Zeugnisses nicht bekannt gemacht sind, — dann bezeichnet er eine überflüssige, mit der Unterlassung der Rogation und dem sub 2 erörterten Formfehler zusammenfallende und deshalb nicht mit zu beweisende Thatsache, — oder darauf, daß die Zeugen mit dem Inhalte des Testaments nicht bekannt gemacht sind, — dann ist er gleichfalls unerheblich und deshalb nicht mit zu beweisen, weil diese Certioration, wie oben erörtert, nicht nöthig ist.

2) Der Testator hat das Testament in Gegenwart der Zeugen nicht unterschrieben, noch dasselbe als seinen letzten Willen erklärt. Hierin liegt allerdings eine Vernachlässigung einer wesentlichen Form, und es muß daher der Klägerin ihre Behauptung zum Beweise verstellt werden.

3) Die Zeugen sind bei der Unterschrift und Besiegelung des Testaments nicht alle zugleich zugegen gewesen und nicht bis zum Ende dageblieben. Hiermit soll der Vorwurf der Nichtbeobachtung der unitas actus, eines allerdings wesentlichen Requisits bei der Testamentserrichtung, begründet werden. Allein da nach

L. 28 pr. Cod. de test. 6, 23.

nicht jede Unterbrechung des Acts der Testamentserrichtung die Nichtigkeit des Testaments zur Folge haben soll, so mußte, ganz abgesehen davon, daß die Behauptung, nicht alle Zeugen, ohne Anführen der Namen, seien zugleich zugegen gewesen, und bis zum Ende dageblieben, zu generell ist, der ganze Hergang der Testamentserrichtung, insbesondere in Bezug auf die Anwesenheit der einzelnen Zeugen, anschaulich beschrieben werden, damit dem Gerichte die Möglichkeit der Beurtheilung, ob eine die Nichtigkeit des Testaments verursachende Unterbrechung der Einheit der Handlung vorliege, der Beklagtin aber die Möglichkeit der Vertheidigung gewährt war. In der Weise, wie der gerügte Formfehler vorgetragen ist, kann ihm die richterliche Beachtung nicht zu Theil werden.

4) Die Zeugen haben nicht ein jeder selbst besiegelt, sondern ein Anderer hat dieses für sie besorgt. Es läßt sich nicht verkennen, daß die Unterschrift sowie die Besiegelung des Testaments durch die Zeugen zu den wesentlichen Testamentsförmlichkeiten gerechnet werden.

L. 22. §. 4 qui testam. 28, 1.

L. 12 Cod. de testam. 6, 23.

Nach dem Wortinhalte des erwähnten Anfechtungsgrundes hat die Klägerin nicht zu behaupten vermocht, daß die Besiegelung — in Bezug auf welche es nach dem jetzigen Rechte nicht darauf ankommt, ob dieselbe mit dem eigenen Siegel des Zeugen oder einem fremden geschehen ist — wider Wissen und Willen der Zeugen vorgenommen sei, — denn alsdann würde in der That von einer Besiegelung durch die Zeugen nicht die Rede sein können, — sondern, daß dieselbe für die Zeugen, d. h. in deren Auftrage durch einen Andern besorgt sei, — wenigstens muß die Behauptung der Klägerin nach dem gewöhnlichen Sinne der gebrauchten Worte und Redewendung so aufgefaßt werden, — daß also eine Handlung, welche der Regel nach von den Zeugen selbst geschehen muß, von einem Beauftragten für sie vorgenommen ist. Daß die Unterschrift der Zeugen bei den solennen Privattestamenten ein rein persönlicher, von ihnen selbst vorzunehmender, keinem Dritten übertragbarer Act ist, liegt in der Natur der Sache und folgt aus gesetzlichen Bestimmungen,

Notariatsordnung von 1512. Tit. 1 von Testamenten.

arg. L. 31 Cod. de testam. 6, 23.

und daraus, daß die ausnahmsweise zugelassene Unterschrift der schreibkundigen Zeugen für die des Schreibens unkundigen unter besonderen Vorsichtsmaßregeln nur bei den testamentis ruri conditis gestattet ist, daher der Regel nach bei solennen Testamenten ausgeschlossen ist, und die eigenhändige Unterschrift der Zeugen selbstverständlich ein nicht entbehrliches Mittel zur Nachweisung der Authenticität des Testaments in sehr vielen Fällen bildet. Allein, da nach jetziger Rechtsanschauung die signatura als Besiegelung, als die Beidrückung eines Beglaubigungssiegels bei der Unterschrift behandelt wird, so kann darin, daß die mechanische Verrichtung des Siegelaufdrückens mit Genehmigung der Zeugen behuf Beglaubigung ihrer Unterschrift in ihrem Auftrage von einem Andern vorgenommen wird, nicht ein die Nichtigkeit bewirkender Formfehler, sondern nur eine Unregelmäßigkeit gefunden werden, welche nicht geeignet ist, die letzte Willenserklärung, welche wegen übertriebener formeller Bedenken nicht ungiltig gemacht werden darf,

L. 15 Cod. de testam. 6, 23.

L. 17 D. qui testam. 28, 3.

Puchta, Pandekten §. 464. Not. k.

als nichtig hinzustellen. Es ist daher auch dieser Anfechtungsgrund in der Maße, wie er vorgebracht ist, nicht zu beachten.

Uebrigens muß es selbstverständlich genügen, wenn nur einer der für relevant erachteten Formfehler nachgewiesen wird, indem dies zur Ungiltigkeitserklärung der B.'schen letztwilligen Disposition ausreicht; es sind daher die erforderlichen Beweise der Klägerin alternativ aufzuerlegen.

Die Klägerin hat in Bezug auf die Ungültigkeit des Testaments selbst als Codicills dieselben Beweise zu führen, welche sie behuf Anfechtung des Testaments zu führen hat, indem das Mehrere das Mindere mit umfaßt, und in der unterlassenen Rogation der Testamentszeugen überhaupt die unterbliebene Rogation auch von 5 Zeugen liegt, die übrigen für relevant erachteten desfallsigen Behauptungen auch das Testament als Codicill gedacht formwidrig erscheinen lassen.

L. 28. §. 1 Cod. de testam. 6, 23.

L. 8. §. 3 Cod. de cod. 6, 36.

Dagegen ist in dem Rechte der Gegenbeweisführung der Beklagtin die Befugniß zur Nachweisung, daß wenigstens 5 der Zeugen rogirt seien, weil diese Zahl genügt, mit enthalten; indeß werden die übrigen von der Klägerin gerügten und zu beweisenden Mängel auch das Testament als Codicill ungiltig machen und daher die Gegenbeweisführung der Beklagtin sich auf die Nachweisung des Nichtvorhandenseins dieser Mängel beschränken

L. 110 pr. de reg. jur.

L. 8 Cod. de cod. 6, 36.

L. 28. §. 1 Cod. de testam. 6, 23.

Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschw. 5. Jahrg. Nr. 10. S. 145 ff.

Präjudiz 3.

In der bei dem Kreisgericht Braunschweig verhandelten Proceßsache Lambrecht c. Schmidt hatte die Beklagtin zu beweisen: „daß und in welcher Maße die verstorbene Wittwe L. in einem rechtsförmlichen Testamente über ihren Nachlaß verfügt habe", und producirte zu dem Ende ein vor 7 Zeugen errichtetes, gerichtlich publicirtes solennes Privattestament, an dessen Schlusse 6 Zeugen ihrer Unterschrift die Worte: „als Zeuge" und ein Zeuge die Worte: „als erbetener Zeuge" hinzugefügt hatten. Kläger bestritt, daß das Testament giltig und der erkannte Beweis geführt sei, weil die Rogation der Zeugen nicht nachgewiesen sei. Nachdem das Kreisgericht Braunschweig am 8. Dec. 1840 den Beweis für geführt erklärt hatte, erkannte das Oberlandesgericht zu Wolfenbüttel denselben am 29. Juli 1841 für verfehlt aus folgenden

Gründen:

Zu dem Beweise eines feierlichen schriftlichen Testaments gehört auch die Nachweisung aller Formalien, namentlich, daß die unter dem Testamente genannten Testamentszeugen dasselbe unterschrieben und untersiegelt haben und dazu speciell rogirt gewesen seien; denn bei dem Beweise eines solchen Testaments, wenn dessen Vorhandensein geleugnet ist, kommt es nicht bloß auf die äußere Existenz einer anscheinend formrichtigen Urkunde, sondern auch auf solche innere Förmlichkeiten und Erfordernisse an, deren richtige Erkennung nicht durch bloßen Augenschein der äußerlich fehlerfreien Urkunde geschehen kann. Letztere mag nach der

Const. 3 C. de edicto D. Hadriani toll. 6, 33.

da genügen, wo es auf vorläufige Besitzeinweisung des eingesetzten Erben in den eröffneten Nachlaß ankommt, wenigstens zunächst bloß dieser provisorische Zustand bezweckt wird; allein dies kann nicht in gleicher Weise bei einem petitorischen Rechtsstreite über das Erbrecht selbst, wie solcher bei der actio familiae herciscundae mit zum Grunde liegt, gelten; hier reicht die Vorlegung einer dem äußeren Anscheine nach fehlerfreien Urkunde nicht aus, sondern es müssen auch die inneren Erfordernisse ihrer Giltigkeit, wenn solche wie hier nicht eingeräumt sind, bewiesen werden,

Weber, Beweisführung S. 278 u. 279.

Borst, über die Beweislast §. 69 u. 70.

und dies konnte im vorliegenden Falle umsoweniger Zweifel haben, als der Beklagtin der Beweis eines rechtsförmlichen Testaments ausdrücklich auferlegt ist. Zu den Rechtsförmlichkeiten eines solennen Testaments gehört aber vor Allem die Zuziehung, Unterschrift und Untersiegelung der 7 Testamentszeugen, welche daher auch mit zu beweisen gewesen wären. Zwar hat Beklagtin die Erforderlichkeit einer so strengen Beweisführung bestritten, weil Kläger in erster Instanz die Giltigkeit des Testaments bloß wegen mangelnder Rogation der Zeugen, und weil diese Rogation im Testamente nicht mit angeführt sei, angefochten habe und das Testament in contumaciam des Klägers für anerkannt angenommen sei. Soll da-

mit etwa gesagt sein, daß Kläger die Recognition des Testaments durch die Testamentszeugen nicht mehr verlangen und den Mangel derselben nicht mehr urgiren könne, so ist diese Meinung unrichtig; denn ungeachtet Kläger in der früheren Instanz die Giltigkeit des Testaments nur wegen angeblich fehlender Zeugenrogation, und weil dieselbe im Testamente nicht mit angeführt sei, bestreitet, so hat Kläger doch die Giltigkeit des Testaments überhaupt geleugnet, und kann daher auch noch andere zu diesem Vertheidigungsfundamente passende Argumente vermöge des beneficii nondum deducta deducendi beibringen,

Gensler, Commentar zu Martin's Proceß ed. Morstadt Th. 2. S. 153.

Waldeck, Controv.-Entscheid. S. 172 f.

mithin auch anführen, daß die Zeugen das Testament noch gar nicht anerkannt hätten, und daher deren Zuziehung bei dessen Errichtung überhaupt, und abgesehen von dem specielleren Erfordernisse ihrer gehörigen Rogation unausgemacht und nicht erwiesen sei, wogegen darauf, daß die Zeugen ihrer Rogation bei ihren Namensunterschriften nicht selbst gedacht haben, noch derselben sonst im Testamente Erwähnung geschehen sei, da dieses Erforderniß in den Gesetzen nicht vorgeschrieben ist, nichts ankommt.

Nach römischem Rechte gehört es selbst zu den Publicationsförmlichkeiten eines Testaments, daß die Zeugen bei der Eröffnung des Testaments, um ihre Unterschriften anzuerkennen und dadurch die Errichtung desselben zu bestätigen, zugezogen werden,

L. 4—7 testam. quemadm. aper. 29, 3.

Schweppe, röm. Recht §. 804.

Glück, Comment. Th. 7. S. 503.

Puchta, von freiwilligen Gerichtshandl. Th. 2. §. 213 a. E.

und da Kläger die Unterschriften der Zeugen als dritter Personen nicht recognosciren konnte, wenigstens solches nicht brauchte und es auch nicht gethan hat, so hätte Beklagtin für diese Recognition durch die Zeugen selbst sorgen müssen; denn bis dahin weiß man immer nicht mit rechtlicher Gewißheit, ob die Zeugen das Testament wirklich unterschrieben haben. Es ist auch nicht, wie Beklagtin irrig behauptet, in der von ihr angeführten Sache Remm c. Wolters eine solche Zuziehung der Zeugen für überflüssig, sondern im Gegentheile für nothwendig erkannt und verfügt worden. Darauf hätte Beklagtin innerhalb der Beweisfrist antragen oder andere passende Beweismittel darüber vorschlagen müssen. Auch der Ungewißheit über die Rogation der Zeugen hätte durch einen innerhalb der Beweisfrist zu übergebenden Antrag auf Abhörung derselben, event. durch Vorschlagung anderer Beweise abgeholfen werden müssen, weil Kläger die Giltigkeit des Testaments geleugnet hat, Beklagtin also solche beweisen muß,

Borst a. a. O. §. 69. 70.

und dazu der Beweis der speciellen Rogation der Zeugen gehört haben würde.

Die ferner verfolgte Berufung wurde am 21. Januar 1842 von dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel zurückgewiesen, da Beklagte hinsichtlich der äußeren Förmlichkeiten hätte beweisen müssen, daß die Zeugen rogirt worden und dieselben das Testament unterschrieben und untersiegelt hätten, und, da dieser Beweis innerhalb der gesetzten Beweisfrist nicht beschafft worden, diesem Mangel nur mittelst der Restitution abzuhelfen stehe.

Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschw. 5. Jahrg. Nr. 10. S. 150 ff.

S. ferner Privattestamente C. Präj. 1 u. 3 zu Contr. 2.

XXIV b.

Streitig ist, ob zum Beweise schon Vermuthungen genügten.

Einige meinen, auch schon leichte Vermuthungen und Indicien seien geeignet, den Kläger zum Erfüllungseide zuzulassen, weil die genealogischen Beweise mit besonderen Schwierigkeiten verbunden seien.

Kreitmayr, Anmerkungen zum Cod. Max civ. Bav. Th. 1. Cap. 4. §. 9. Nr. 7.

Leyser, med. spec. 98. med. 1—4.

Andere meinen, die Schwierigkeit des Beweises sei niemals ein Grund, dem Kläger Beweise zu erlassen; die Regel: actore non probante, reus absolvitur habe die Folge, bei gleichen Verhältnissen für den Verklagten, zumal wenn derselbe Besitzer sei, den Rechtsspruch zu erlassen.

Pütter, auserlesene Rechtsf. Bd. 2. Th. 3. Resp. 221. Nr. 10.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 511.

Andere schließen sich dieser Ansicht an, statuiren jedoch, daß, wenn das schema genealogicum nicht überall durch Taufzeugnisse der Pfarrämter belegt werden könne, der Beweis solcher Lücken durch andere Beweismittel ersetzt werden dürfe, und daß es genüge, wenn nur bewiesen würde, daß die Person, welche in Ansehung ihrer Abstammung in Frage gezogen würde, von denjenigen, als deren eheliches Kind, resp. Schwester oder Bruder sie prädicirt werde, in dieser Eigenschaft behandelt und anerkannt worden sei.

Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanw. Bd. 5. S. 260.

Schweppe, röm. P.-R. Bd. 4. S. 4.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 524.

Präjudiz 1.

... wird für Recht erkannt:

Die Kläger (Amtmann Th. Christoph Nehring u. Cons.) haben darzuthun:

1) daß und wann der Amtmann Joh. Friedr. Gustav Nehring verstorben, und
2) daß ihnen die Succession in den Nachlaß angefallen ist.

Es ist nun zwar in hohem Grade wahrscheinlich, daß der Amtmann Joh. Friedr. Gustav Nehring schon längst mit Tod abgegangen, indem derselbe in dem Testamente seiner Mutter, der verwittweten Amtmannin Nehring, geb. Oelmann, am 10. April 1809 als verstorben erwähnt, in dem Erkenntnisse des vormaligen Tribunals hierselbst am 17. September 1813 dessen Ehefrau, geb. Grégoire, als Wittwe bezeichnet, und von dem Gerichte eine Vormundschaft für dessen Söhne, Gustav und Hanno Nehring angeordnet worden ist, weshalb denn auch das Herzogl. Kreisgericht Braunschweig in dem Atteste vom 19. Februar 1833 den Klägern den Tod des gedachten Amtmanns Nehring zu bescheinigen kein Bedenken getragen; gleichwohl enthalten die combinirten Acten keinen directen Beweis des erfolgten Ablebens, und muß solcher den Beklagten gegenüber, da sie hierauf bestehen, und ihnen dasjenige, was zwischen anderen Personen verhandelt und als gewiß vorausgesetzt worden, nicht präjudiziren kann, selbständig erbracht werden. Ein Zugeständniß dieser Thatsache von Seiten der Beklagten ist nicht vorhanden, und kann aus dem Vorschützen von Einreden nicht abgeleitet werden.

Aber nicht bloß der Tod, sondern auch die Zeit des Todes ist zu erweisen, weil über den Anfall der Intestaterbfolge der Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidet, und wenn schon hinsichtlich der Beklagten, als Fremden, zur vorläufigen Legitimation der Kläger es auf die Nähe des Verwandtschaftsgrades nicht ankommt, dennoch der Gegenbeweis den Beklagten offen bleiben muß, und dieser nur zu liefern möglich ist, wenn der Beweisführung eine bestimmte Richtung gegeben worden.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 23. Februar 1836, in A.-S. Graberg Erben c. Nehring.

XXV.

Streitig ist, in welcher Zeit die hered. pet. verjähre, wenn solche von den Kindern angestellt wird, um zu der elterlichen oder großelterlichen Erbschaft zu gelangen.

Einige meinen, die hered. pet. verjähre in diesem Falle in 90 Jahren. Der Grund dieser Ansicht beruhe

auf der honorum possessio; nach dieser könnten Kinder auf dreifache Weise zur väterlichen Erbschaft gelangen, nämlich als Kinder, als Agnaten und als Cognaten; als Kinder hätten sie die Klage in 30 Jahren, als Agnaten wieder 30 Jahre, und als Cognaten nochmals 30 Jahre. Und so sei auch im Reichskammergericht erkannt.

Wesenbeck, cons. Vol. I. cons. 11. Nro. 44.
Carpzov, P. 3. const. 14. def. 30.
Struv, exerc. 10. §. 68.
Lyncker, cent. 1. dec. 72.
Cramer, obs. jur. obs. 327.
und in Wetzlarer Beiträgen Th. 1. Nr. 9.

Andere verlangen auch in obigem Falle nur 30 Jahre, da längst der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben sei, überdies kein Grund vorliege, die 100 Tage, resp. das eine Jahr, in welchem die Kinder als Agnaten und Cognaten, resp. als Kinder die bon. poss. agnosciren müßten, je in 30 Jahre zu verwandeln.

Stryk, usus mod. tit. de hered. pet. §. f.
Cocceji, jur. civ. contr. tit. de hered. pet. qu. 22.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 178.
Crell, de praescr. hered. paternae.

XXVb.

Ueber den Anfangspunkt der Verjährung bei der hered. pet. spricht sich nachstehendes Erkenntniß aus:

Präjudiz 1.

In Bezug auf den Nachlaß der bereits im Jahre 1800 verstorbenen Krooß'schen Eheleute war eine cura hereditatis jacentis angeordnet. Erst nach langjährigen Verhandlungen erfolgte im Jahre 1832 eine endliche Regulirung dieser Nachlaßsache.

Die Kläger, welche ihre vermeintlichen Erbschaftsansprüche bereits gegen den bestellten Curator, aber vergeblich, geltend zu machen versucht hatten, traten im Jahre 1835 mit der hereditatis petitio gegen die Beklagten auf, welchen der Krooß'sche Nachlaß überwiesen war.

Hinsichtlich der — neben anderen Einreden — vorgeschützten exceptio praescriptionis wurde oberstrichterlich ausgesprochen, daß der Lauf der Verjährung erst von dem Zeitpunkte an, wo die Beklagten zum Besitze der fraglichen Erbschaft gelangt seien, beginnen könne.

Erk. des OAG. zu Celle vom 14. Februar 1839, in S. der Gebrüder Petersen u. Genossen c. die Gebrüder Krooß u. Genossen.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 186.

XXVI.

Ist die Erbschaft zwischen Zweien oder Mehreren streitig, so können dingliche Klagen wider jeden der streitenden Theile ungehindert erhoben werden; Legatare und Erbschaftsgläubiger dagegen dürfen nach ihrer Auswahl jeden der Streitenden in Anspruch nehmen, und brauchen auf den Ausfall des Erbschaftsstreits nicht zu warten.

Ueber die von den Erbprätendenten, welche Zahlung geleistet und nachmals im Erbschaftsstreit unterlegen haben, zu fordernden Cautionen und die heutige Anwendbarkeit der römischen Grundsätze herrscht Streit.

Vergl.

Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 227.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 508.
Sintenis, Civilr. §. 192. Not. 21.
Schweppe, röm. P.-R. §. 857.

XXVII.

Ebenso dürfen die um die Erbschaft Streitenden actiones in rem und in personam anstellen.

Ueber die von den dieserhalb Verklagten zu verlangenden Sicherheitsmaßregeln, namentlich in Beziehung auf deutschrechtliche Proceßvorschriften, vergl.

Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 508 f.
v. Vangerow, Pand. §. 508.
Sintenis, Civilr. §. 192. Not. 21.
Schweppe, röm. P.-R. §. 857.

XXVIII.

Ueber die Frage, ob die hered. petitio eines mehrerer Erben auf Herausgabe von Nachlaßurkunden angestellt werden könne, äußert sich nachstehendes Erkenntniß folgendermaßen:

Präjudiz 1.

Diese Klage kann auch von einem Einzelnen mehrerer Erben gegen den Besitzer der zum Nachlaß gehörigen Urkunden angestellt werden, „da bei untheilbaren Gegenständen, wie die in Rede stehenden, jedem der mehreren Gläubiger eine Klage auf das Ganze zusteht, und es kann dagegen nicht der Grundsatz, daß die Documente über Erbschaftsausstände wegen ihrer Untheilbarkeit zum Gebrauche aller Miterben zu deponiren seien, geltend gemacht werden, weil derselbe sich nur auf das Verhältniß der Erben zu einander bezieht."

Erk. des OAG. zu Cassel vom 26. Februar 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 238.

Vergl. judicium familiae hercisc. c. 9.

Hereditatis petitio, deren Verhältniß zur querela inoff. testam., s. querela inoff. test. c. 1. 6. 11.

Hereditatis petitio partiaria, s. hereditatis petitio c. 18. 19. 20.

Hereditatis petitio qualificata, s. querela inoff. testam. c. 12.

Heres ex asse, s. Erbeinsetzung c. 3.

Heres in re certa.

I.

Streitig ist der Charakter des heres in re certa.

Einige und bei weitem die Meisten meinen, daß der heres in re certa nur in besonderen Beziehungen als Legatar zu betrachten sei, im Uebrigen aber als Erbe gelte; in den näheren Beziehungen bestehen aber Abweichungen. So meinen Einige, er sei allerdings bis dahin als Legatar zu betrachten, bis die neben ihm Eingesetzten sämmtlich weggefallen seien; dann erhalte er deren Theile als Erbe, wie wenn er gleich anfangs allein ex re certa eingesetzt sei. Deren Theile bekomme er allerdings aber nicht jure accrescendi.

Donellus, Comm. ad L. 13 C. de hered. inst.
Thibaut, System §. 820.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 426.

Andere dagegen meinen, der heres in certa re sei in seinem Verhältnisse zu seinen Miterben nur Legatar — habe also, z. B. so lange nur Einer von diesen existire, kein jus accrescendi, — in jedem anderen Betrachte aber sei er wahrer Erbe, könne also z. B.

die ihm zugewandte Sache von Dritten mit der hereditatis petitio fordern. Dies beruhe auf folgenden Gründen: 1) Es sei als Regel anerkannt, daß der auf eine einzelne Sache Eingesetzte nichtsdestoweniger eigentlicher Erbe sei; nun liege allerdings darin, daß Andere neben ihm, auf gewöhnliche Weise, eingesetzt seien, ein hinreichender Grund, um sein Rechtsverhältniß den Uebrigen nicht ganz gleichzustellen; weßhalb aber der als Erbe Eingesetzte überhaupt aufhören sollte, Erbe zu sein, sei nicht abzusehen. 2) Es sei ausdrücklich anerkannt, daß es für die Notherben als wahre Einsetzung gelte, wenn sie Erben genannt, ihnen aber statt des Erbtheils gewisse Sachen überwiesen seien, wogegen es nicht genügen sollte, daß ihnen ohne Erbeseinsetzung der Pflichttheil durch Schenkung oder Fideicommiß zugewandt werde, Nov. 115. c. 5 pr. vergl. mit c. 3 pr. Vergl. auch L. 1 Greg. Cod. de fam. herc. et comm. div. u. L. 39 pr. D. de hered. inst. 28, 5.

Leyser, med. ad P. spec. 361. med. 9 in f.

Andere wollen den heres in re certa in allen Beziehungen als wahren Erben ansehen, außer daß er seinen Erbtheil nur in gewissen Sachen erhält. Die Worte: quos legatariorum loco haberi certum est bezögen sich nur auf den unmittelbar vorhergehenden Satz: vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, wobei Justinian nur an die Notherben gedacht habe, denen vor der Nov. 115 der Pflichttheil durch bloßes Legat habe zugewendet werden können, ohne daß eine Erbeseinsetzung erforderlich gewesen sei. Bloß von diesen sei es also gewiß gewesen, daß sie als Legatare zu betrachten gewesen seien; von ihnen allein habe also der Kaiser sagen können: quos — certum est.

Hennemann, Untersuchung zweier Rechtsfragen S. 8 f.

Andere meinen, die Eingangsworte der L. 13 C. de test. seien so zu verstehen: Es sei ausgemacht, daß die Erben, welche entweder geradezu auf eine gewisse Sache eingesetzt seien, oder in Ansehung deren der Testator angeordnet habe, sie sollten statt ihres Erbtheils sich mit bestimmten Objecten begnügen, als Legatarien betrachtet werden müßten. Gewiß habe der Kaiser damit nicht sagen wollen, sie seien in aller Hinsicht als Legatarien anzusehen, also der Umstand, daß sie als Erben bezeichnet seien, komme gar nicht in Betracht; denn auch der Prälegatar sei Erbe und Legatar zugleich; letzteres freilich nur, sofern er das prälegirte Object von seinem Miterben erhalte (L. 7. §. 1 D. de leg. II.). In unserm Falle erhalte er aber Alles von demselben. Indessen begründe dies keinen wesentlichen Unterschied, da die Erbeigenschaft an sich davon unabhängig sei, was, wieviel und ob überhaupt etwas aus dem Vermögen an den Erben komme. In ähnlicher Art also, wie der Prälegatar, sei der heres ex re certa zugleich Erbe und Vermächtnißnehmer, und wenn er gleich die ihm zugewiesenen Sachen als Singularsuccessor erhalte, so nehme er doch als Erbe an dem judicium familiae herciscundae Theil, genau so, wie auch der Prälegatar sein Recht auf das Vermächtniß durch die actio familiae herciscundae geltend machen könne (L. 17. §. 2 D. de leg. I.). Hiernach ergeben sich folgende Sätze: Damit ein solcher Erbe sein Recht auf seine Erben transmittire, bedürfe er nicht der Erbschaftsantretung (L. 75. §. 1 de leg. II.) und überhaupt sei zum Erwerb des Rechts nichts anders erforderlich, als zu dem eines Legats. Auch hafte er nicht für Schulden des Erblassers (arg. L. 1 D. si certum pet. 4. 2; anders natürlich, wenn alle seine Miterben wegfallen und er nun alleiniger Erbe wird), dagegen müsse er sich den Abzug der quarta Falcidia gefallen lassen (im Widerspruch mit Hennemann a. a. O. S. 32. Glück, Pand. Bd. 34. S. 361. Schweppe, röm. P.-R. §. 810. Not. 7), das jus accrescendi komme ihm zu Statten, wenn alle ohne Beschränkung eingesetzten Miterben weggefallen seien (Hennemann a. a. O. S. 31 läßt das jus accrescendi für ihn schon eintreten, wenn auch nur Einer von mehreren uneingeschränkt Eingesetzten wegfällt. Siehe dagegen Braun, Dictate S. 613), so wie er überhaupt in der Concurrenz mit jenen von allen eigentlich erbschaftlichen Rechten, außer der Theilnahme an dem judicium fam. herc., ausgeschlossen sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 176.

Andere stimmen diesem bei, mit der Modification, daß ihm zwar die quarta Falcidia nicht abgezogen werden dürfe, daß er jedoch zu deren Abzuge berechtigt sei; mit anderen Worten, bei dem heres ex re certa trete dann, wenn er mit anderen unbestimmt oder auf quote Theile Eingesetzten concurrire, die Singularität ein, daß die ihm zugewiesenen res certae seine Erbportion bildeten.

v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 449. Not. 2.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 172. Not. 21.

welcher im Wesentlichen unter Bezugnahme auf Francke, Notherbenrecht S. 338, diesem beistimmt, jedoch in der Begründung in einigen Punkten abweicht.

Andere meinen, der unter den römischen Juristen herrschende Streit, wie es gehalten sei, wenn von mehreren Erben Einer oder Einige auf bestimmte Sachen eingesetzt seien, sei von Justinian in L. 13 C. de hered. inst. 6, 24 dahin entschieden: Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est; alii vero etc. Hiernach sollten die auf eine bestimmte Sache oder Quantität Eingesetzten in allem Betracht als Legatarien angesehen werden. Es würden also die ohne Theile oder auf Quoten Eingesetzten die alleinigen Erben sein, und das Recht der auf gewisse Sachen Eingesetzten würde, wie das aller Legatarien, davon abhängen, daß jene auch wirklich Erben würden; auch hätten sie weder auf Klagen, welche den Erben zustehen, Anspruch zu machen, noch auf das jus accrescendi. Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf die Worte: quos legatariorum loco haberi certum est.

Faber, error. Pragm. dec. 13. err. 5.
Brunnemann, Comm. ad L. 13 C. de hered. inst.
Glück, Pand. Bd. 9. S. 187. Not. 33.
Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 19. S. 73—82.

Andere stimmen im Allgemeinen hiermit überein, indem sie zu dem Resultate gelangen, daß der heres ex re certa nur als Legatar anzusehen sei. Wenn jedoch

alle anderen neben dem ex re certa institutus eingesetzten Erben wegfallen — ein Fall, von welchem unsere Quellen schwiegen — so falle, nach dem muthmaßlichen Willen des Testators und nach dem dem Accrescenzrecht zum Grunde liegenden Grundsatze, — daß in dem Falle, wo ein Erbe wegfällt, Alles so behandelt werden müsse, als wenn der Weggefallene ursprünglich gar nicht dagewesen wäre —, dem heres ex re certa als Erben die Erbschaft zu. Man denke sich dann die Erwähnung der Sache hinweg (L. 9. §. 13 D. de hered. inst.). Die Gründe gegen die erweiterte Erbenqualität sind: das Charakteristische einer jeden successio per universitatem sei der Uebergang der Forderungen und Schulden; dieser ermangele aber immer, wenn eine successio in res singulas vorhanden sei; siehe Beispiele in L. 44. §. 6. L. 75. §. 3. L. 105 D. de leg. I. §. 5—7 Inst. 2, 23. L. 1. §. 2 D. 36, 1. L. 43 D. 33, 2. L. 69 D. 35, 2. L. 5. L. 8. §. 6. L. 18. L. 19. §. 1 D. 33, 8. L. 6 pr. §. 1—3. L. 7. L. 8 pr. §. 1—8. L. 10 D. eod. Außerdem spreche der Buchstabe des Gesetzes L. 13 C. de hered. inst. 6, 24 gegen die Ansicht der Ausdehnung der Erbenqualität.

Löhr in Gießer Zeitschrift Bd. 19. S. 73 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 610.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 924.

Präjudiz 1.

Der Obergerichtsanwalt U., welcher dem Schmied A. in einem Processe bedient gewesen, macht nach dessen Ableben wider dessen Ehefrau eine Deservitenforderung geltend, indem er zur Nachweisung ihrer Eigenschaft als Erbin auf die Eheparten mit ihrem verstorbenen Ehemann sich bezieht, worin für den Fall des früheren Todes des letzteren bestimmt wird,

„daß sie dessen bewegliches Vermögen, namentlich auch baares Geld, Capitalien und Ausstände ohne Ausnahme, mit alleiniger Ausnahme des Schmiedegeschirres, das an des Bräutigams nächste Verwandte zurückfällt, ferner den lebenslänglichen Nießbrauch an des Bräutigams Grundstücken erben, jedoch auch 100 fl. baar an jene Verwandten von der Erbschaft zurückzahlen soll."

Das Obergericht verfügt die Beitreibung dieser Kosten wider die Wittwe. Diese bestreitet zwar ihre Verbindlichkeit zur Kostenzahlung durch Berufung auf ihre Eigenschaft als heres in re certa; das Obergericht weist aber diese Remonstration zurück, „da, wenn auch die Imploratin in ihrem Ehevertrage mit A. allerdings nur auf bestimmte Sachen zur Erbin bestellt ist, doch neben ihr weitere Erben nicht ernannt sind, namentlich nicht gesagt ist, daß die Verwandten des A. Gegenstände, welche ihnen zugedacht sind, als Erben erhalten sollen, vielmehr die Imploratin an sie von der Erbschaft zurückzahlen soll, woraus denn folgt, daß die Erbschaft ihr zusteht." — Die Beschwerde der Imploratin wider diese Entscheidung wird vom obersten Gerichtshofe aus den nicht widerlegten Gründen des obergerichtlichen Ausspruchs zurückgewiesen.

Entsch. des OAG. zu Cassel vom 2. December 1845, in S. Keil c. Uloth.

In Beurtheilung anderer Fälle hingegen, in welchen neben dem heres in re certa noch weitere Erben ernannt waren, hat derselbe Gerichtshof in Anwendung der C. 13 de hered. inst. 6, 24 angenommen, daß der in Beschränkung auf bestimmte Gegenstände eingesetzte Erbe bei seinem Zusammentreffen mit den anderen Miterben nicht als Erbe, sondern als Legatar zu betrachten sei

Erk. vom 22. Mai 1824, in S. Wilke c. Wilke; vom 27. Dec. 1836, in S. Fisc. c. Israel; vom 8. Sept. 1838, in S. Scheffer'sche Curatel c. Nagel.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 347.

Präjudiz 2.

Der auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzte Erbe (heres in re certa institutus) muß nach richtiger Auslegung der C. 13 de heredibus instituendis, verglichen mit Nov. 115. c. 5 als wahrer Erbe, und keineswegs als Legatar betrachtet werden. Derselbe gilt als Erbe nicht nur in dem Falle, wenn die übrigen eingesetzten Erben hinwegfallen, sondern auch wenn die übrigen Erben angetreten haben, diesen gegenüber, und ist nur in dem Verhältnisse zu den Erbschaftsgläubigern und Erbschaftsschuldnern als Legatar zu behandeln. Der Umstand, daß der Erbe nur auf den Nießbrauch des Nachlasses instituirt ist, ändert in diesen Sätzen durchaus nichts.

Erk. des OAG. zu Celle vom 20. Dec. 1853, in S. Wittwe Maiknecht zu Osnabrück, Klägerin, c. Dr. med. Düwelius und Studiosus Düwelius daselbst, wegen Erbtheilung.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 51.

Präjudiz 3.

Im Testamente des Z. waren die A.'schen Kinder zu Erben eingesetzt, L. als ihr Miterbe bezeichnet, und sodann geordnet, daß jene nur 200 Thlr. erhalten sollten. L. starb vor dem Testirer; nach dem Tode des letzteren fragte es sich in einem zwischen den Erben desselben und den A.'schen Kindern entstandenen Processe, ob diese als testamentarische Erben des Z. aufzufassen seien. Die Frage wurde bejaht. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Daß sie nach §. 3 des Testamentes aus dem Nachlasse nur 200 Thlr. haben erhalten und ihr Miterbe hiernach ihr Schuldner hat werden sollen, ändert an ihrer bestimmt ausgesprochenen Erbenqualität — wenigstens unter den vorliegenden Umständen, wo ihr einziger Miterbe weggefallen ist, — nichts, indem einem so ernannten Erben, jedenfalls unter solchen Umständen, das jus accrescendi zukommt, und er hinsichtlich seiner erblichen Eigenschaft beim Wegfallen sämmtlicher Miterben ebenso beurtheilt werden muß, als wenn überall kein Miterbe eingesetzt worden.

fr. 1. §. 4 de hered. inst. 28, 5.
fr. 41 in f. de vulg. substit. 28, 6.

Die C. 3 de hered. inst. 6, 24 handelt von dem Falle, daß neben dem in re certa scriptus Miterben concurriren; paßt daher hier nicht. Die herrschende Meinung stimmt hiermit überein.

Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40. S. 169 f.
Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 135 f. Anm. 2.
Löhr in der Gießer Zeitschrift Bd. 19. S. 82.

Da nun die Pupillen des Klägers als einzige testamentarische Erben des Z. erscheinen, ... so sind Beklagte mit Recht zur Abtretung des Nachlaßbesitzes verurtheilt . . . .

Erk. des OAG. zu Rostock vom 13. Oct. 1851.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 335.

Präjudiz 4.

In der Beurtheilung eines Falles solcher Art wurde geäußert:

Durch diese Einsetzung hat der Testirer, seiner Meinung nach, den Nachlaß erschöpft, und nur für den Fall, daß sich dennoch ein Rest ergeben werde, auch für diesen Vermögenstheil in einem der schon als Miterben Berufenen sich einen Erben ernannt, welche Einsetzung in die ceteras res nicht verhindert, die sämmtlichen Erben als heredes certorum rerum anzusehen.

fr. 17 pr. de testam. militis 29, 1.

. . . . Die gleiche Stellung aber, sowie die stattgehabte Vertheilung der ganzen Verlassenschaft beweist, daß der Erblasser an diese Honorirten sein Vermögen im Ganzen, wenn auch mit der von ihm angegebenen Theilung, habe übergehen lassen wollen. Es sind dies Erbeseinsetzungen, verbunden mit einer divisio omnium bonorum,

Renner, die heredis institutio ex re certa §. 26. S. 473 u. §. 30. S. 527 f.

und ist hier keineswegs der Fall vorhanden, welchen C. 13 de hered. inst. 6, 24:

„quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, ... alii vero ex certa parte, vel sine parte . . . .

vor Augen hat; diese Stelle bezieht sich vielmehr auf den Fall, wenn neben einem oder mehreren gehörig (sine parte vel ex certa parte) eingesetzten einer oder einige auf res certae instituirt sind. Hiernach sind die verklagten Miterben (welche als solche eingesetzt zu sein bestritten hatten), als Besitzer des Nachlasses, dem klagenden Miterben zur Legung eines Inventaes um so mehr verpflichtet, als letzterer auch noch den (etwaigen) Rest erben soll . . . .

Erk. des AG. zu Greifswald vom 7. April 1834, bestätigt durch Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin vom 14 Nov. 1834.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 56.

Präjudiz 5.

In dem Bescheid des OLG. zu Wolfenbüttel vom 21. Oct. 1845, in S. Lyncker c. Lültge, war ausgesprochen:

. . . wird mitgetheilt, und da

ad grav. 2.

nach dem Inhalte des producirten Testaments der Wille des Erblassers dahin gegangen ist, daß die Beklagte die Summe von 4000 Thlr. und das Mobiliar, das übrige Vermögen aber des Klägers Ehefrau erhalten solle, im Resultate es also für die gegenwärtige Streitfrage gleichbedeutend ist, ob man annimmt, die Beklagtin sei wirkliche Miterbin und der Testator habe nur die Vertheilung der Erbmasse angeordnet, oder ob man die Beklagte als heres ex certa re, und also als Legatarin behandelt, weil in beiden Fällen des Klägers Ehefrau, sofern sie nicht im Pflichttheil verletzt wäre, gehalten sein würde, jener den ausgesetzten Erbtheil vollständig auszubezahlen, dieselbe daher, wenn die Beklagtin auch als Miterbin zur Zahlung der Erbschaftsschulden angestrengt werden könnte, dennoch den Bestimmungen des Testaments gemäß solche Zahlungen wieder erstatten müßte, dem erhobenen Anspruche also die in L. 8 pr. D. de doli mali exc. 44, 4 ausgesprochene Regel entgegensteht,

so wird abgeschlagen.

Das OAG. bestätigte diese Entscheidung unterm 22. Dec. 1846 aus folgenden Gründen:

. . . wird mitgetheilt, und da

ad grav. 2.

nach L. 13 C. de hered. instit. 6, 24 Erben, die entweder auf eine gewisse Sache eingesetzt sind, oder in Ansehung deren der Testator in Beziehung auf ihre Erbeinsetzung verordnet hat, daß sie nur bestimmte Objecte erhalten sollen, insoweit allerdings wie Legatarien zu behandeln sind, daß sie mit den ihnen zugewiesenen einzelnen Sachen sich begnügen müssen, auch an den Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden keinen Theil haben, außerdem jedoch regelmäßig, namentlich in Ansehung des Anwachsungsrechts, wenn die übrigen Erben wegfallen, ingleichen ihrer Berechtigung zum Abzug der Falcidischen Quart, ohne Verpflichtung, sie sich abziehen zu lassen, als Erben anzusehen sind;

hiernach denn, wenngleich der Erblasser die Beklagte sowohl als die Ehefrau des Klägers zu Erben eingesetzt hat, da in demselben Testamente, ohne Zweifel also in Gemäßheit ihrer Erbeinsetzung und in Verbindung damit, nicht aber bloß als Erbtheilung, vom Erblasser bestimmte Gegenstände der Verklagtin, alles Uebrige aber der Klägerin zu ihrem Erbtheile angewiesen worden, die Klägerin nach Maßgabe der L. 13 cit. nur allein gegen die Erbschaftsschuldner klagen und von den Erbschaftsgläubigern verklagt werden kann, ihr allein also, wie die gesammte übrige Activmasse, ebenso die gesammte Passivmasse angefallen, hiervon auch bloß als Folge dasjenige zu betrachten ist, was der Erblasser in Betreff seiner Schulden, wie der Kosten der Erbschaftsregulirung und seines Begräbnisses, verordnet hat, und der Umstand, daß er die etwa vorhandenen, von der Klägerin zu berichtigenden Schulden kleine Schulden — im Verhältniß zu seinem gesammten Vermögen, — nennt, ohne sonst wegen Schulden etwas zu bestimmen, die obenbezeichnete rechtliche Qualität der Verklagtin — vermöge deren sie, obwohl eingesetzte Erbin, doch in Beziehung auf ihren nur in gewissen Sachen bestehenden Erbtheil in bestimmter Maße, namentlich in Beziehung auf die Schulden, als Legatarin, übrigens aber als Erbin zu betrachten ist, — zu ändern nicht vermag,

so wird &c. abgeschlagen

Präjudiz 6

In dem am 11. Juni 1839 errichteten und am 9. Juni 1842 publicirten Testamente hat die Erblasserin der Kläger, Wittwe Zimmer, geb. Stöffe, zu Braunschweig ihren Sohn (einen Mitkläger), den Einnehmer Heinr. Carl Gebhard Zimmer vor Schöningen zwar zum Miterben eingesetzt (§. 1), jedoch bestimmt:

daß er an ihrem Nachlasse durchaus nicht Theil nehmen, und sich mit dem begnügen solle, was er bereits von ihr bekommen habe (§. 2).

In sofern hiernach der Einnehmer Zimmer als heres in re certa erscheint, ist er von der activen und passiven Repräsentation der Erblasserin ausgeschlossen,

L. 13 C. de hered. instit. 6, 24.

und obwohl eigentlich nur den Miterben des Einnehmers Zimmer dadurch, daß diesem die Theilnahme an dem klagbar gemachten Anspruche versagt wird, ein Vortheil erwächst so kann dennoch, bevor ihm das Theilnahmerecht von seinen Miterben und namentlich von denjenigen der letzteren, welche dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht beigetreten sind, ausdrücklich eingeräumt worden, den Beklagten nicht zugemuthet werden, mit demselben, als zur Sache nicht legitimirt, dieserwegen sich in prozessualische Verhandlungen einzulassen, und sich ihm gegenüber einer Beurtheilung zu unterziehen.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 26. Febr. 1846, in A.-S. Zimmer und Cons. c. Brandes Erben.

Präjudiz 7.

Der Braumeister Unverhau hatte im Jahre 1829 mit dem Brauereibesitzer Wahnschaffe zu Braunschweig einen Contract geschlossen, Inhalts dessen er für Leistung seiner Dienste u. m. a. auch einen außerordentlichen Lohn zu jährlich 50 Thlr. empfangen sollte, der aber erst bei Auflösung des Dienstverhältnisses sollte gefordert werden können. — Nachdem Wahnschaffe im Jahre 1832 sein Geschäft aufgegeben hatte und im Jahre 1834 verstorben war, und in seinem Testamente die Adelheid W. zu Braunschweig und die drei Töchter des Regierungsraths St. zu Berlin als Erbinnen eingesetzt hatte, forderte im Juni 1837 Unverhau, gegen Adelheid W. und den Regierungsrath St. gerichtlich klagend, von jener und von diesem in väterlicher Gewalt seiner Töchter Zahlung des Lohnes, soweit derselbe rückständig geblieben war.

Beide Beklagte machten die Einrede der fehlenden Passivlegitimation und der Verjährung geltend. Adelheid W. entnahm die erste Einrede aus dem Testamente, in welchem sie mit den drei Geschwistern St. zwar als Erbin eingesetzt, ihr aber, falls sie bis zum Tode des Erblassers bei diesem bleiben und ihm den Haushalt führen würde, ein bestimmtes Capital und das sämmtliche Mobiliar, der Rest aber den Geschwistern St. zugewiesen, und nur für den Fall, daß die Voraussetzung nicht zutreffen würde, den vier Erbinnen der Nachlaß zur gleichmäßigen Vertheilung überwiesen war, und folgerte daraus, daß sie nur als Legatarin zu behandeln sei. Der Beklagte St. aber gründete diese Einrede darauf, weil vom Kläger nicht behauptet und nachgewiesen sei, daß er nach preußischem Rechte die väterliche Gewalt habe und er zur Vertretung seiner Töchter ohne Mitwirkung derselben legitimirt sei. Die Einrede der Verjährung betreffend vermeinten die Beklagten, daß der Kläger als in die Kategorie eines Gesellen gehörend angenommen werden müsse, und daß demnach sein Klagrecht der zweijährigen Verjährung unterworfen, mithin consumirt sei.

Durch Erkenntniß des Kreisgerichts Braunschweig vom 10. November 1837 wurden diese Einreden zurückgewiesen, um deswillen:

a) weil, wenn gleich nach L. 13 Cod. de hered. inst. 6, 24 der heres ex re certa, weil er nur in die bestimmten, ihm

angewiesenen Sachen und nicht in jus universum defuncti succedirt, als Legatar zu betrachten sei, also außer aller Beziehung zu den Erbschaftsforderungen und zu den Erbschaftsschulden stehe, doch hier das Verhältniß ein ganz anderes sei, indem im §. 2 des Testaments die Mitbeklagte W. und die Geschwister St. ganz allgemein und ohne weitere Bestimmung zu Erben eingesetzt worden und erst im §. 3 verordnet sei, daß die Mitbeklagte unter den dort gemachten Bedingungen zu ihrem Erbtheile 9000 Thlr. sowie die sämmtlichen Mobilien erhalten, der Rest aber unter die Geschwister St. gleichmäßig vertheilt werden, bei der Nichtexistenz der Bedingung aber der Nachlaß den vier Erbinnen gleichmäßig zufallen solle. Denn hiernach habe der Erblasser sein Vermögen auf seine vier Erbinnen im Ganzen, wenn auch mit der von ihm vorgenommenen Theilung, übergehen lassen wollen, und liege daher eine Erbeseinsetzung mit einer Vertheilung des Nachlasses, also ein Uebergang der Persönlichkeit des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung, nicht aber ein Fall der allegirten L. 13 vor.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 56.

b) weil, was die von dem Mitbeklagten St. vorgebrachte Einrede der fehlenden Passivlegitimation betreffe, davon abgesehen, daß nach dem schon durch die Nothwendigkeit gebotenen Grundsatze des alten deutschen Rechts alle Personen, die sich selbst zu schützen nicht im Stande seien, unter der Herrschaft, dem Mundium eines Andern, die Hauskinder namentlich unter der Gewalt ihres Vaters stehen, und daß dieser Grundsatz auch im preußischen Landrechte ausgesprochen sei, die Beendigung der väterlichen Gewalt von dem darauf sich Berufenden nachzuweisen sei, und wenngleich die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach dem Gesetze ihres Wohnorts, den Personalstatuten beurtheilt werden müsse, diese dennoch nicht auch für die einzelnen Rechtsverhältnisse gelten müßten, in welche sich die Person begäbe und durch diese in die verschiedensten Rechtsgebiete eintreten könne; es handle sich hier ohnehin nicht bloß um die persönlichen Eigenschaften, sondern um die gerichtliche Rechtsverfolgung, bei der das competente Gericht das Recht seines eigenen Landes anzuwenden habe.

Mittermaier, d. Privatrecht §. 30.

Archiv für civilist. Praxis Bd. 25. S. 177 f.

v. Savigny, System Bd. 8. S. 125. 131. 187.

Nach dem hiesigen Rechte aber stände dem Vater während der väterlichen Gewalt das Recht zu und liege ihm die Pflicht ob, seine Kinder bis zu deren Volljährigkeit zu vertreten, und sei daher der Beklagte St., da er die Beendigung der väterlichen Gewalt nicht behauptet habe, der rechte Beklagte.

c) Das Brauereigewerbe sei nicht als ein gewöhnliches Handwerk anzusehen; der Braumeister erscheine nicht als Geselle eines Handwerkers, auch nicht als ein Fabrikarbeiter, sondern als technischer Vorstand der Brauerei; weshalb die Einrede der Verjährung sich als unbegründet ergebe.

Auf die von den beiden Beklagten verfolgte Berufung wurde durch obergerichtliches Erkenntniß vom 20. Jan. 1858 das kreisgerichtliche in Beziehung auf Adelheid W. aufgehoben und der Kläger wegen mangelnder Passivlegitimation zurückgewiesen, in Beziehung auf den Mitbeklagten St. aber bestätigt aus folgenden

Gründen:

I. Die Berufung der Adelheid W. betr.

Die Beklagte hat in der Vernehmlassung die Behauptung aufgestellt, daß sie in dem Wahnschaffe'schen Testamente vom 19. April 1853 die Summe von 9000 Thlr., die Mobilien und das vorräthige baare Geld, mit der Auflage, davon die Kosten der letzten Krankheit und des Begräbnisses des Erblassers zu tragen, als Erbtheil, die neben ihr instituirten Erben Geschwister St. aber ohne Beschränkung den Ueberrest des Nachlasses zugewiesen erhalten haben; dieser Sachverhalt ist von dem Kläger nicht bestritten, mithin nebst der selbstverständlichen Voraussetzung, daß rücksichtlich der Mitbeklagten Adelheid W. die im §. 3 jenes Testaments gestellte, die Zuwendung gerade des bezeichneten Erbtheils zu Folge habende Bedingung eingetreten sei, nach §. 77 der Civ.-Pr.-Ordn. als zugestanden zu betrachten. Erben ex re certa, wenn sie mit andern Erben concurriren, sind aber wenigstens in der Beziehung den Legataren gleichgestellt, daß sie für die ihnen nicht speciell aufgelegten Erbschaftsschulden nicht zu haften haben,

L. 13 Cod. de heredibus instit. 6, 24.

Glück, Commentar Bd. 9. S. 187. Bd. 34. S. 360. Bd. 40 S. 169 f.

Sintenis, gem. Civilrecht Bd. 3. S. 417.

v. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 155.

und nach L. 13 Cod. cit., übereinstimmend mit dem Wortverstande, ist derjenige als heres ex re certa zu betrachten, welcher in bestimmte Sachen zum Erben eingesetzt worden ist, oder der sich in Gemäßheit seiner Erbeseinsetzung mit bestimmten Gegenständen zu begnügen hat, im Gegensatze zu solchen Erben, welche in Quoten der Erbschaft oder ohne Bestimmung derartiger Antheile instituirt sind. Demnach erscheint Adelheid W. als heres ex re certa, und es macht keinen Unterschied, daß deren Miterben, Geschwister St., nicht pure zu Erben eingesetzt sind, sondern ihnen der Rest des Nachlasses zu gleichmäßiger Theilung angewiesen ist, indem dadurch nur ausgedrückt worden, was sich als gesetzliche Folge einer völlig unbeschränkten Einsetzung ergeben würde.

Leyser, medit. spec. 361. med. 8.

Auch darauf kann Gewicht nicht gelegt werden, daß im §. 2 des Testaments gleichwie die Geschwister St., so auch die Adelheid W. ohne weiteren Beisatz zur Erbin eingesetzt ist und erst im §. 3 diejenigen certae res bezeichnet sind, welche ihren Erbtheil bilden sollen, da das ganze Testament als ein einziger Rechtsact betrachtet werden muß und auf die Stellung der einzelnen Sätze in demselben nichts ankommt,

§. 34 Inst. de legat. 2, 20.

L. 24. 25 Cod. de testam. 6, 23.

und steht dieser Auffassung eben so wenig die nur auf das testamentum militis bezügliche

L. 17 pr. D. de testam. militis 29, 1.

als die von der sententia a qua in Bezug genommene Entscheidung,

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 56.

entgegen, weil letztere den von dem vorliegenden völlig verschiedenen Fall zum Gegenstande hat, daß der Testator durch mehrere, insgesammt in res certas geschehene Erbeseinsetzungen den Nachlaß völlig erschöpft zu haben glaubt und nur für den Fall, daß sich dennoch ein Rest ergeben würde, auch diesen Vermögenstheil einem der ernannten Miterben zuweiset, während hier, neben den sine parte eingesetzten Geschwistern St., nur die Adelheid W. in certas res instituirt und ihr überdies die Tragung bestimmt bezeichneter Schulden auferlegt ist, über welche hinaus zu geben der Absicht des Testators nicht entsprechend gehalten werden kann.

II. Die Berufung des Regierungsraths St. betr.

Ad grav. 1. In der Klageschrift ist sub 11 die Behauptung zu finden, daß dem Mitbeklagten St. die väterliche Gewalt über seine in dem Wahnschaffe'schen Testamente zu Erbinnen eingesetzten Töchter zustehe, und ist solches nach der Vernehmlassung als eingeräumt anzunehmen. Nach gemeinem Rechte würde aber der Hausvater wegen der Adventitien seiner Hauskinder belangt werden können, da ihm an diesem Sondergute während der väterlichen Gewalt das volle Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht, die gubernatio — zusteht,

L. 6. §. 2 Cod. de bonis quae liberis 6, 61.

hiezu auch das Recht der Prozeßführung gehört,

L. 1 Cod. de bonis maternis 6, 60.

und wenn zwar nach

L. 8. §. 3 Cod. de bonis quae liberis 6, 61.

der Vater bei Erwerb einer dem Haussohne angefallenen Erbschaft und bei den zu solchem Behufe zu führenden Erbschaftsklagen alsdann, wenn jener mündig und anwesend ist, dessen Einwilligung einholen soll, so ist daraus doch nicht zu folgern, daß der Vater als Beklagter, selbst ohne Bezugnahme auf eine solche Consensversagung und die sie bedingenden Voraussetzungen, die Prozeßführung für den Sohn ablehnen dürfe. Dagegen ist aber dem Mitbeklagten darin beizustimmen, daß die Frage, ob er in väterlicher Gewalt seiner Töchter verpflichtet sei, sich für diese in den gegenwärtigen Prozeß einzulassen, nach den an deren Wohnsitze geltenden Gesetzen, mithin nach preußischem Rechte entschieden werden müsse, weil auf die verschiedenen Zustände der Person, wodurch deren Rechts- und Handlungsfähigkeit bestimmt wird, insofern und insoweit nicht absolut verbietende Gesetze des Inlandes entge-

genstehen, nur die Anwendung desjenigen Rechts möglich ist, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört, ohne daß dabei die Wirkungen der persönlichen Eigenschaften nach cem örtlichen Rechte ces in jedem Einzelfalle urtheilenden Richters zu demessen sind.

v. Savigny, System Bd. 8. §. 362.
Sintenis, Civilrecht Be. 2. S. 70.

Da indessen der Beklagte nirgend die Behauptung aufgestellt hat, daß ihn das preußische Recht zur prozessualischen Vertretung seiner Haustöchter nicht verpflichle, und in der That auch das preußische Recht der väterlichen Gewalt und den daraus abfließenden Befugnissen und Pflichten keine engeren Grenzen als das einheimische Recht setzt, indem nach Theil 2. Titel 2. §. 156 des preußischen Lanerechts die hier in Frage stehende Erbschaft zu cem nicht freien Vermögen der Töchter des Beklagten gehört, demselben nach §. 168 über solches, so lange die väterliche Gewalt dauert, die Verwaltung und der Nießbrauch gebührt und folgeweise auch die Prozeßführung zusteht,

Preußische Gerichtsordnung Tit. 1. §. 3. 13. 14.

so ergibt sich auch nach preußischem Rechte die Einrede der Passivlegitimation als unbegründet.

Ad grav. 2. Ueber die Frage, ob der Kläger, der nach cem Contracte vom 3. Dec. 1829 in einem besonders qualificirten Verhältnisse als Braumeister bei dem Testator im Dienste gestaoden hat, analog dem Verhältnisse eines Gesellen oder aber eines Dienstboten zu beurtheilen sei, und ob folgeweise dessen Lohnforderung nach §. 2. Nr. 3 des Gesetzes vom 3. Juli 1853 der zwei-, oder nach §. 3. Nr. 3 erst cer vierjährigen Verjährung unterliege, muß zunächst diejenige Auffassung entscheiden, welche die Contrahenten selbst über jenes Dienstverhältniß gehabt haben, und erscheint es deswegen, da im §. 2 des abgeschlossenen Contracts bestimmt worden, daß rücksichtlich der zu dessen Aufhebung berechtigenden Gründe die Vorschriften der Gesindeordnung maßgebend sein sollen, auch damit übereinstimmend der Brauer Wahnschaffe stets als Dienstherr des Klägers bezeichnet wird, nach diesem concreten Sachverhalte une cen in der sententia a qua aufgeführten adminiculirenden Gründen als unzuläßig, eine Beweisführung darüber zu eröffnen, caß im Allgemeinen cie Braumeister in der Stadt Braunschweig als Gesellen der zu einer Gilde vereinigten Brauer betrachtet werden.

Zeitschrift für Rechtspflege für Braunschweig Jahrg. 5. Nr. 6. S. 81 ff.

Heres in re certa, als Testamentszeuge, s. Privattestamente A. c. 5.

Hinterlassen, ob solches einer Erbeseinsetzung gleichbedeutend sei? s. Notherbenrecht C. c. 2.

Hochverräther, deren Erbunfähigkeit, s. Erbunfähigkeit c. 1 bis 5.

— — deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 3.

Hochzeitsschmaus, dessen Collation, s. Collationspflicht c. 14.

Honorar der Testamentsvollstrecker, s. Testamentsexecutor c. 10.

J.

Immission in die Erbschaft, s. Missio Carbonisnica c. 2.

Incapacität, s. Erbunfähigkeit.

Incestuosi, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, relative c. 4 u. 5; desgl. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 4 u. 5.

— — deren Notherbenrecht, s. Notherbenrecht B. c. 2.

— — deren Testamentifaction, s. testameoti factio activa c. 4.

Incompetenter Richter, Testamentsübergabe bei demselben, s. öffentliches Testament c. 3 u. 5.

Indignitätsfälle, s. Verlust der Erbschaft zur Strafe.

Indotata, Bedeutung bei Erbrechte der armen Wittwe, s. Intestaterbrecht der armen Wittwe c. 3.

Inductio nominum, s. Testamente, deren Ungültigkeit c. 3.

Infamia, Begriff, s. Notherbenrecht B. c. 10.

Injurien, als Enterbungsursache, s. Enterbungsursache c. 1. 2. 3.

Insinuation, der Schenkung von Todeswegen, s. donatio mortis causa c. 1.

Interdictum quorum bonorum.

v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 5. S. 1. Bd. 6. S. 3.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 10. Nr. 23.
v. Löhr das. Bd. 12. Nr. 6.
Francke, cas Recht dee Notherben S. 97.
Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 204.
Arndts, Beiträge Nr. 1. S. 108 f.
Roßhirt, testament. Erbrecht Bd. 2. §. 128 f.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 134.
v. Vangerow, Pand. §. 509.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 615 f.
Unterholzner, Schuldrech. Bd. 2. S. 127 f.
Leist, bon. possessio Bd. 1. §. 48. Bd. 2. §. 142 f.
Sintenis, Civilr. §. 193.

1.

Ueber die Natur des interd. quorum bonorum herrscht Streit.

Früher nahm man mit der Glosse allgemein an, das interd. qunrum bnnorum sei ein Rechtsmittel, welches dahin gehe, daß im schnellen Wege des summarischen Processes derjenige, welcher sein Erbrecht bescheinigt habe, gegen den, welcher pro herede besitze, aber den Grund seines Besitzes im schnellen Proceßgange nicht bescheinigen könne, oder gar nur pro possessore detinire, in den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen gesetzt werde, Alles unter Vorbehalt des petitorii, welches die ganze körperliche und unkörperliche uoiversitas umfasse, und wobei dann die Erbschaftsrechte exacte et plenissime untersucht werden müßten,

Stryk, usus mod. P. lib. 43. fr. 2. §. 1.
Schilter, exerc. 47. §. 23.

und man stritt nur darüber, ob dies Interdict bloß dem bnnor. pnssessor,

Bach ad Treut. Vol 2. d. 25. th. 1. lit. G.

oder auch dem Civilerben,

Lauterbach, coll. th. pr. P. 43. 2. §. 5.

oder gar nur dem honor. possessnr, insofern er als Intestaterbe succedire,

Frieder, de interd. comm. 16. Nro. 29.

zu gestatten sei.

Die Meisten:

Lauterbach, coll. th. pr. P. 43. 2. §. 5.
Voet, Comm. 43. 2. §. 2.

nahmen dann an, daß das Interdict in seiner ursprünglichen Fassung (L. 1 D. quor. bonorum. Gajus lib. 4. §. 144) zwar nur auf bonorum possessores, aber unbeschränkt, also ohne Unterschied zwischen Testaments- und Intestaterben, gerichtet gewesen sei, daß aber nachher durch Interpretation auch dem Civilerben gleiche Rechte gegeben seien.

Hiernach sei das Interdict ein summarisches Rechtsmittel, welches der Prätor dem bonorum possessor zu dem Zweck eingeräumt habe, um sich damit schleunig in den Besitz der Erbschaftssachen zu setzen, daß aber darauf stets noch die hered. petitio folgen könne, wobei dann definitiv über das Erbrecht entschieden werde

Thibaut im civil. Archiv Bd. 10. Nr. 23.
v. Löhr das. Bd. 12. S. 85.
Mühlenbruch, Entw. eines Civilpr. S. 235 f.
v. Vangerow, Pand. §. 509.

Andere behaupten, das Interdict sei ein ebenso definitiv über das Erbrecht entscheidendes Rechtsmittel, wie die hered. petit., und es habe für den bonorum possessor ganz die letztere Klage vertreten. Später sei zwar eine eigene hered. pet. possessoria eingeführt, die sich jedoch von dem Interdict nur durch ziemlich unwesentliche processualische Abweichungen unterschieden habe, während Zweck und Umfang beider Klagen ziemlich identisch gewesen sei.

v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 5. Nr. 1. Bd. 6. Nr. 3.

Vergl.

Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 204 f.

II.

Streitig ist, ob nach neuerem römischen Rechte das Erforderniß, daß der Kläger wirklich die bonorum possessio auf gehörige Weise und innerhalb der zuständigen Frist erlangt habe, wegfalle.

Einige meinen, dieses Erforderniß falle nach neuerem römischen Rechte weg, und der Civilerbe, als solcher, könne sich des Interdicts bedienen, ohne die bonorum possessio, zu der er berechtigt wäre, agnoscirt zu haben, L. 1 C. quor. bonor. 8, 2.

Thibaut im civil. Archiv Bd. 10. S. 437.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 417.

Andere meinen, jene Ansicht stehe mit L. 1 D. quor. bon. 43, 2 im Widerspruch, und werde durch die L. 1 C. cit. nicht unterstützt. Denn hier sei die Agnition der bonor. possessio als geschehen vorausgesetzt, und so könnten die folgenden Worte: vel ad hereditatem vel ad bonorum possessionem admissum keinen anderen Sinn haben, als: „berechtigt entweder als suus zur Civilerbfolge, oder als emancipatus zur prätorischen Erbfolge“. Auch sei es an sich keineswegs wahrscheinlich, daß man den Civilerben, wenn er sich des Interdicts bedienen wollte, von der Nothwendigkeit der Agnition der bonorum possessio dispensirte, da noch zu Justinian's Zeit, ehe dieser seine Novellen erlassen habe, die Ordnung der Civilerbfolge von der Ordnung der bonorum possessio so wesentlich verschieden gewesen sei, daß jene Aenderung eher Verwirrung als Einheit in das System der Erbfolge zu bringen geeignet gewesen wäre, und insbesondere auch der Mangel einer gesetzlichen Antretungsfrist der Civilerbfolge gewiß nicht habe bestimmen können; der Civilerbe könne deshalb auch von der Beobachtung der Agnitionsfrist nicht entbunden werden, ohne ihn des besonderen Rechts des bonorum possessor verlustig zu machen.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 616.
Löhr im civil. Archiv Bd. 10. S. 99. Not. 52.
v. Vangerow, Pand. §. 509. Anm. 2.
Koch, bonor. poss. §. 29.
Göschen, Civilrecht § 988.

Präjudiz 1.

Nach der bisherigen gemeinen Lehre von der Natur dieses Interdicts ist dasselbe ein summarisches Rechtsmittel, welches dem bonorum possessor zu dem Zwecke eingeräumt worden, um sich damit schleunig in den Besitz der Erbschaftssachen zu setzen, auf welches aber stets noch die hereditatis petitio zur definitiven Entscheidung über das Erbrecht folgen kann. Dieser Meinung entgegen ist die Behauptung aufgestellt worden, daß das interdictum quorum bonorum ebenso zur definitiven Entscheidung über das Erbrecht führe, wie die hereditatis petitio, daß es für den bonorum possessor die letztere Klage völlig vertrete, ferner daß zwar später eine eigene hereditatis petitio possessoria eingeführt worden sei, diese sich aber von dem Interdict nur durch unwesentliche processualische Abweichungen unterschieden habe, während Zweck und Umfang beider Klagen völlig identisch gewesen, und daß mithin das in Rede stehende Interdict von der hereditatis petitio possessoria absorbirt sei.

Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 1. Bd. 6. S. 229. (Abgedruckt in den vermischten Schriften Bd. 2 mit einem Nachtrage aus dem Jahre 1849.)

In Uebereinstimmung mit der Ausführung

Löhr's im Archiv für die civil. Praxis Bd. 12. Nr. 6.

(und im Hinblick auf eine hessen-casselsche Verordnung vom 5. Sept. 1745. §. 49) hat man aber bei dem OAG. zu Cassel (vgl. Erk. vom 10. September 1828, in S. Isenburg c. Isenburg) ein selbständiges Fortbestehen des Interdicts zum Zwecke der Erlangung des Besitzes der Erbschaft angenommen.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 279.

Präjudiz 2.

Das interdictum quorum bonorum wird in der deutschen Praxis als eine provisorische hereditatis petitio angesehen, ist überall nicht mehr durch Agnition einer bonorum possessio bedingt, und heutzutage processualisch wohl im Wesentlichen ebenso zu behandeln, wie das in der

L. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo

erwähnte Rechtsmittel, das man jetzt nach dieser Stelle benennt, und das anscheinend kein anderes ist, als eben das längst gebräuchliche interdictum quorum bonorum in hier besonders präcis ausgeprägter Anwendung auf den Fall der sofortigen Nachweisung eines testamentarischen Erbrechts durch Vorlegung eines testamenti rite formati.

Claproth, summ. Proc. §. 11.
Thibaut im Archiv für civil. Praxis Bd. 10. Nr. 23.
v. Löhr, ebendas. Bd. 12 Nr. 6.
Puchta, Pand. §. 510.
Bayer, summar. Proc. §. 71.
Gerau in der Gießer Zeitschr. Bd. 20. Nr. 17.
Erk. des OAG. zu Oldenburg vom 14. Sept. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 77.

Vergl. auch das zu Contr. 4 angezogene Präjudiz.

III.

Streitig ist, ob das interdictum quorum bonorum nur gegen (wahre oder fingirte) Besitzer von körperlichen Erbschaftssachen, oder ob es auch gegen juris possessores stattfinde.

Einige meinen, auch gegen juris possessores finde dies Interdict statt, und sei auf Einräumung des Besitzes aller erbschaftlichen Objecte gerichtet, weil L. 1. §. 1 D. quor. bon. 43, 2 allgemein vorschreibe: hoc interdictum ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinere.

Fabricius im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 204—208.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 717. Not. 5.

Andere meinen, der Ausdruck in L. 1. §. 1 cit. könne nur auf die Gesammtmasse der zur Erbschaft gehörigen, im Besitze des Verklagten befindlichen körperlichen Sachen bezogen werden, weil die L. 2 ibid. mit aller Bestimmtheit sage, daß nur die Besitzer der körperlichen Sachen mit demselben belangt werden könnten, und weil die L. 3 C. eod. den Erfolg desselben entsprechend dahin bezeichne: ut in petitorem corpora transferantur. Gegen debitores hereditarii finde deshalb das Interdict nicht statt.

v. Vangerow, Pand. §. 509. Not. 1 sub I. und Not. 2 sub IV.
Löhr im civil. Archiv Bd. 12. S. 100.
Francke, Recht der Notherben S. 97.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 617.

Präjudiz 1.

Die Gräfin Auguste von J. wirkte wider den Grafen Adolph von J. ein Decret des Inhalts aus: daß die erstere als präsumtive Erbin eines Drittheils des Mobiliarnachlasses des Grafen Ludwig von J. in den Mitbesitz dieses Nachlasses einzuweisen sei. Nachdem hierauf von dem Grafen Adolph ein Inventar über den Nachlaß eingereicht worden, trägt Imploranten darauf an, daß sie in den Mitbesitz der darin verzeichneten, gegen 80,000 Fl. betragenden sechs Capitale einzuweisen und demzufolge, mittelst Requisition der betreffenden Gerichte, den Schuldnern bei Strafe doppelter Zahlung aufzugeben, Capital und Zinsen nur an die streitenden Theile abzutragen. Dies Gesuch wurde abgeschlagen. In der Motivirung der oberrichterlichen Entscheidung kömmt vor: „Das interdictum quorum bonorum ist ein zur Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen gestattetes Rechtsmittel, kann daher nur solche Sachen zum Gegenstande haben, welche sich im Besitze befinden können. An Forderungen ist aber ein Besitz nicht denkbar, und deshalb auch das erwähnte Rechtsmittel nach

fr. 2 quorum bonorum 43, 2 und
C. 3 eod. 8, 2

ausdrücklich auf körperliche Sachen beschränkt. Die Stelle der Hanauer Hofgerichtsordnung §. 169 zeigt dadurch, daß darin die Einweisung des präsumtiven Erben in den Besitz der Erbschaft kraft des interdicti quorum bonorum vorgeschrieben wird, deutlich an, daß diese Einweisung soweit geschehen sollte, als es die rechtliche Natur des genannten Interdicts mit sich bringt, und die Erwähnung der ganzen Erbschaft nur die gemeinrechtliche Eigenschaft desselben, wornach es nicht einzelne Sachen, sondern die Erbschaft überhaupt zum Gegenstand hat, andeutet, dabei es jedoch immer sich von selbst versteht, daß der Besitz nur bei den Sachen, welche dessen fähig sind, wirklich erlangt und ertheilt werden könne."

Erk. des OAG. zu Cassel vom 6. Januar 1830, in S. Isenburg c. Isenburg.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 280.

IV.

Streitig ist, in welchem Verhältnisse das Interdict zu der ordentlichen Erbschaftsklage stehe.

Einige meinen, das Interdict sei materiell von der hered. petitio nicht verschieden; der wesentliche Unterschied habe nur in der formellen Eigenthümlichkeit des Interdictenverfahrens bestanden; wäre die hered. pet. possess. früher aufgestellt worden, so würde man des Interdicts gar nicht bedurft haben, jetzt aber habe man es nur als einmal hergebrachte Klageform neben jener bestehen lassen; es sei aber, seitdem das Eigenthümliche des Interdictenverfahrens verschwunden, in der That nur ein anderer Name für die hered. pet. possess.

v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 5. S. 18. Bd. 6. S. 229.
Fabricius im Rhein. Museum Bd. 4. S. 204.
Fabricius, histor. Forsch. Bd. 1. S. 197 f.

Andere meinen, das Interdict sei ein eigenes summarisches und provisorisches Rechtsmittel, welches keinen andern Zweck hätte, als den, recht bald dem Erben den Besitz der Erbschaftssachen zu verschaffen; es habe aber nicht definitive Entscheidung über das Erbrecht erzielt, vielmehr habe der Erfolg des Interdictenprocesses noch durch die hered. pet. (civilis oder possessoria) der Gegenpartei angefochten werden können.

Thibaut im civil. Archiv Bd. 10. Nr. 23.
Löhr das. Bd. 12. S. 114.
Francke, Notherbenrecht S. 97—106.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 401 f.

Andere meinen, eine völlige Gleichheit mit der hered. pet. lasse sich nicht behaupten, wie denn z. B. das Interdict sich nur auf körperliche Erbschaftssachen beziehe, dabei auch ein summarisches Verfahren stattzufinden pflegte, L. 24 Th. C. 11, 36. Aber auch ein bloß provisorisches Rechtsmittel sei das Interdict nicht, weil sich nicht beweisen lasse, daß die im Interdictenproceß gefällte Entscheidung durch die ordentliche Klage noch angefochten werden könnte.

Welche Ansicht nun aber für das römische Recht auch die richtige sein möge: für das heutige Recht sei die Frage jedenfalls durch die Praxis entschieden. Nach dieser sei das Interdict durchaus nur ein provisorisches summarisches Rechtsmittel, durch welches derjenige, welcher sein Recht auf die Erbschaft wenigstens bescheinigt habe, einstweilen den Besitz der zum Nachlaß gehörenden Sachen sich verschaffen könne, so daß dann der Gegenpartei immer noch freistehe, ihr besseres Recht in petitorio durch die ordentliche Erbschaftsklage geltend zu machen.

Thibaut im civil. Archiv Bd. 10. Nr. 23.
Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 6. S. 266.
Puchta, Pand. §. 519.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 620.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 193. Not. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 755.

Siehe Bonorum possessio Präj. 2 zu Contr. 3.
Vergl. die bei Contr. 2 aufgef. Präj. 1 u. 2.

V.

Streitig ist, ob bei dem Interdict ein Beweis gefordert wird, oder ob Bescheinigung genügt.

Einige erfordern Beweis, nicht bloß Bescheinigung, des Rechts zur bonor. possessio, nicht bloß der formellen Agnition derselben.

v. Vangerow, Pand. §. 509. Not. 2. S. 374.
Löhr im civil. Archiv Bd. 12. S. 106.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 620.

Andere meinen, es genüge nur Wahrscheinlichkeit, daß die aufgetretene Person Erbe sei, und dazu sei eine bloße Bescheinigung von dem Prätor ausreichend.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 409.

Vergl.

Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 2.

Siehe das zu Contr. 4 cit. Präj.

VI.

Ueber die Verjährung des Interdiets spricht sich das nachstehende Erkenntniß aus:

Präjudiz 1.

Das interdictum quorum bonorum kann nach Ablauf des annus utilis nicht mehr angestellt werden und ist ex officio zurückzuweisen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom April 1833, in S. Schulemann c. Schulemann.

Interrogationes in jure, s. heeeditatis petitio c. 4.

Intestaterbfolge*).

Glück, Lehre von der Intestaterbfolge.
Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118.
Büchel, civilrechtl. Erört. Bd. 2. Nr. 2.
Witte, das preußische Intestaterbrecht.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 668 f.

A. Erste Klasse.

I.

Streitig ist, ob denjenigen Kindern, welche durch landesherrliches Rescript legitimirt sind, ein Intestaterbrecht in der ersten Klasse zustehe?

Einige bejahen diese Frage unbedingt, und also auch für den Fall, wenn bereits eheliche Kinder zur Zeit der durch das Rescript ertheilten Legitimation der unehelichen vorhanden waren. Denn das römische Recht könne direct hierüber nichts entscheiden, da nach demselben (Nov. 74. c. 1 u. 2. Nov. 89. c. 9 u. 11. §. 1) die legitimatio per eescriptum überhaupt nur möglich sei, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden seien; und wenn man etwa die Schlußworte der Nov. 74. c. 2 so deuten wolle, als ob die Wirkungen einer giltigen legitimatio per eescript. wieder aufgehoben würden, wenn hinterher noch eheliche Kinder geboren werden, so sei diese Auslegung irrig, weil die Stelle nur sage, den naturales sollen die Legitimationsrechte nicht verliehen werden, wenn eheliche Kinder vorhanden seien, die letzteren mögen vor oder nach ihnen geboren sein. Es komme deshalb Alles auf die Vorfrage an, ob heutzutage bei dem Vorhandensein ehelicher Kinder die Legitimation durch Rescript so geschehen könne, daß die Legitimirten Sueeessions- und Familienrechte erhielten. Diese Frage werde in der Regel bejaht, wie ja auch eine zu Recht bestehende Legitimation die legitimirten Kinder den ehelich geborenen ganz gleichstelle.

Koch, de success. ab intest. §. 29.
Puchta, Lehrb. der Pand. §. 450. Not. g
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 398. Not. 5. u. §. 433.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 165.
Höpfner, Instit. §. 688.
A. D. Weber, zweiter Anhang zum Höpfner'schen Commentar S. 835 der 8. Aufl.
Roßhirt, Erbrecht S. 216.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 138. Not. 50 u. 51.

Andere wollen den durch Rescript Legitimirten neben den ehelichen Kindern zwar Sueeessions- und Familienrechte gestatten, jedoch unbeschadet des Pflichttheils, den die ehelichen Kinder ohne Concurrenz mit den übrigen verlangen könnten. Denn das eheliche Kind erwerbe sogleich mit der Geburt ein Recht darauf, daß ihm der Pflichttheil aus der Verlassenschaft seiner Eltern unvermindert hinterlassen werde. Zwar wolle dies nicht soviel sagen, als ob den Kindern auf einen bestimmten Theil desjenigen Vermögens, welches der Vater zur Zeit der Legitimation besessen habe, ein Recht zustehe; denn dieses würde freilich gegen die Regel streiten: viventis legitima non datur. Allein einer relativen, d. h. nach der Anzahl der Kinder sich richtenden Bestimmung sei der Pflichttheil schon bei Lebzeiten der Kinder unterworfen, und auf diesen relativ bestimmten Theil des väterlichen Vermögens hätten die Kinder ein wohlbegründetes Recht, das ihnen durch kein landesherrliches Privilegium und durch kein Factum des Vaters geschmälert werden dürfe.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 597. not. 2 und §. 1418.
Glück, Intestaterbfolge S. 307.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 61.

Andere wollen den ehelich geborenen zwar den Pflichttheil im Voraus nicht gestatten, jedoch den unehelichen legitimirten Kindern ein Intestaterbrecht unter der Voraussetzung gewähren, daß die ehelichen Kinder durch Vermehrung der legitimirten Kinder im Pflichttheile keinen Schaden erlitten.

Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. 3. S. 260.

Andere meinen, den so legitimirten Kindern stehe gar kein Intestaterbrecht zu.

Glück, Pand. Bd. 2. S. 273.
Pufendorf, obs. 241. §. 6.
Mackeldey, Lehrb. § 555.

II.

Streitig ist, ob die legitimati per rescriptum principis auch den väterlichen Verwandten succediren.

Einige leugnen dies in dem Falle, wenn die väterlichen Verwandten zur Legitimation nicht eingewilligt haben. Man beruft sich auf Nov. 74. c. 2 und Nov. 89. c. 9.

Leyser, sp. 10. cor. 3.
Wernher, obs. for. T. II. P. VI. obs. 318.
G. L. Böhmer, auserlef. Rechtsfälle Bd. 2. Abth. 1 S. 321.

Andere gestatten denselben unbeschränkt ein Erbrecht

*) Durch die Nov. 118 und Nov. 127, welche für eheliche Verwandte und bezüglich der Adoptivkinder die Grundsätze der praktischen Intestaterbfolge enthalten, ist das ältere Recht soweit im Ganzen aufgehoben. Ohne sie wäre die Geschichte des älteren Rechts zur richtigen Auffassung seiner praktischen Resultate im Sinne der anderen Theile des Corpus juris von hoher Wichtigkeit. So aber ist sie für den Zweck des gegenwärtigen Werkes entbehrlich. Ueber die geschichtliche Entwicklung des heutigen Intestaterbrechts siehe

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 669 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 407 f.

gegen die väterlichen Verwandten, da die citirten Allegate der Gegner (Nov. 74 und Nov. 89) durchaus nicht für, sondern vielmehr gegen ihre von ihnen vertheidigte Ansicht sprechen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 497.
Glück, Pand. Bd. 2. S. 271.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 597. not. d.
Thibaut, System §. 857 u. §. 379.

III.

Streitig ist, ob uneheliche Kinder, wenn sie per subsequens matrimonium legitimirt sind, wie eheliche Kinder succediren, obgleich ihr Vater, bevor er ihre Mutter heirathete, sich mit einer Anderen verheirathet hatte.

Einige bejahen die Frage; denn die Wirkung der Legitimation, welche per subsequens matrimonium erfolge, bestehe darin, daß dergleichen legitimirte, sowie die in einer rechtmäßigen Ehe erzeugten Kinder, ihren Eltern succedirten. Diese Wirkung trete ein, einerlei, ob die Ehe gleich erfolge, oder ob erst eine andere Ehe dazwischengekommen sei. Vergl. auch Nov. 74. c. 2. §. 1.

Stryk, usus mod. tit. de his qui sui vel alieni jur. §. 11.
Stryk, succ. ab intest. diss. 1. cap. 2. §. 62.
Cocceji, jur. civ. contr. tit. de his qui sui vel alieni juris qu. 12.
Böhmer, posit. de succ. ab int. cap. 2. membr. 1. §. 34.
Hannesen, de comput. grad. part. 3. sect. 2. §. 93.
Gebr. Overbeck, Medilat. Th. 4. Nr. 235.

Andere meinen das Gegentheil, wegen L. 10 C. de natur. lib. Nov. 89. c. 8, und weil unter dem Worte nuptiae die erste, nicht aber die zweite Ehe zu verstehen sei, L. 68 D. de jure dot. L. 77. §. 9 D. de legat. II.

Hocmius, disp. ad Inst. 2. §. 16.

IV.

Streitig ist, ob adulterini, incestuosi und die in der Bigamie erzeugten Kinder ein Intestaterbrecht in das Vermögen ihrer Mutter haben.

Einige meinen, daß alle ex damnato atque secundum leges punibili coitu erzeugten Kinder sowohl von der väterlichen als von der mütterlichen Erbschaft völlig ausgeschlossen seien. Man beruft sich auf Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15, sowie auf die aus der letztgedachten Nov. entlehnte Authentica Licet Cod. 5, 27 de natur. lib., welche, nachdem sie von den Erbrechten der liberorum naturalium gesprochen, mit den Worten schließe: Sed qui ex damnato sunt coitu nati, omni prorsus beneficio secludantur. Vergl. auch L. 6 C. de nupt. incest. 5, 5.

Vinnius ad Instit. lib. 3. tit. 4.
Glück, Intestaterbfolge §. 134.
Struben, rechtl. Bedenken Bd. 1. Nr. 48.
Scholz, jurist. Magazin Bd. 1. H. 2. S. 41.

Andere wollen zwar den naturalibus und spuriis das Erbrecht in das Vermögen der Mutter gestatten, schließen aber die im Ehebruch oder in der Bigamie erzeugten Kinder aus. Man beruft sich zur Begründung dieser Ausschließung auf die Ausdrücke: qui ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus nascitur, Nov. 12. c. 1. Nov. 74. c. 6.

Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
Glück, Intestaterbfolge §. 134 u. 135.

Andere schließen die aus blutschänderischer Verbindung entstandenen Kinder aus.

G. P. v. Bülow, Abhandl. Th. 1. Nr. 8.
Volley, jurist. Abhandl. Bd. 1. Nr. 4.
Thibaut, System §. 857.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 684.

Andere verlangen zur Ausschließung der incestuosi eine eingegangene incestuose Ehe.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 6. Not. 15.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 497.
Spangenberg, prakt. Erört. Bd. 1. S. 67.
Spangenberg im civil. Archiv Bd. 12. S. 447.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 433.
Heise, de success. necess. §. 29—32.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 158. Not. 46 u. 47.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.

Andere meinen, das richtigste sei, anzunehmen, daß nur in dem einzigen Falle die in incestuoser Ehe geborenen Kinder kein Erbrecht in das mütterliche Vermögen in Anspruch nehmen könnten, wenn die Mutter zur Strafe ihr Vermögen verwirkt habe. Dies sei nämlich der klare Inhalt der Nov. 12. c. 1, wodurch die L. 6 C. cit. gänzlich aufgehoben sei, und durch Nov. 74. c. 6 und Nov. 89. c. 15 sei hierin gar nichts geändert, indem in beiden Gesetzen nur von dem Verhältniß der incestuosi zu dem Vater die Rede und in dieser Beziehung gesagt sei, daß dieselben nicht die Rechte der liberi naturales in Anspruch nehmen könnten. Sei nun aber diese Ansicht richtig, so werde man heutzutage den incestuosen Kindern das Erbrecht in das mütterliche Vermögen nicht versagen dürfen, da nirgends mehr der Incest mit Vermögensverlust bestraft werde.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 413. Not. 2.
Roßhirt, Erbrecht S. 211.
Feit in der von ihm besorgten Ausgabe des Wening'schen Lehrbuchs §. 433.
Sintenis, Civilrecht §. 162. Not. 8.

Vergl. Erbunfähigkeit, relative c. 4. 5; desgl. testamenti factio A. c. 4.

V.

Streitig ist, was man unter liberi ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus, deren in der Nov. 89 und 74 gedacht wird, eigentlich verstehe.

Einige halten die Ausdrücke nefariae, incestae, damnatae nuptiae für synonym, und verstehen darunter incestae nuptiae, quae natura prohibitae sunt. Dies gehe aus Nov. 12. c. 1 hervor, und es sei deshalb nicht von allen nuptiis incestis die Rede, sondern nur von solchen incestuosen Ehen, welche gegen das natürliche Recht streiten — incestus juris gentium. Nur diese würden nefariae et damnatae genannt.

Cujacius, exposit. Novell. Just. ad Nov. 12 de incest. nupt.
Koch, success. ab intest. §. 35 b.

Zu diesem incestus juris gentium gehörten solche Verbindungen, welche zwischen Ascendenten und Descen-

denten, zwischen Stieseltern und Stiefkindern, zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern eingegangen worden, L. 68 D. de ritu nupt. L. 5. §. 1 de cond. sine causa. L. 38 pr. u. §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. Auch behaupten Viele, daß die Ehe zwischen Geschwistern dahin gerechnet werden müßte, L. 8 D. de ritu nupt.

Jo. Sam. Fr. de Boehmer, obs. sel. ad Carpzov. qo. 72. obs. 1. pag. 36.
Hofacker, diss. sist. histor. et ration. juris incest. prohib. §. 21 u. 22. (1787.)

Andere gehen noch weiter und wollen dieses auch von der Ehe mit des Bruders oder der Schwester Tochter behaupten.

Voet, Comm. ad P. T. II. lib. 48. tit. 5. §. 19.

Andere dagegen nehmen an, daß in der Seitenlinie kein Grad, geschweige denn der dritte Grad als ein incestus juris gentium angesehen sei. Ein solcher Incest werde ebenso wie die Ehe zwischen Personen, unter denen eine fingirte Verwandtschaft oder Schwägerschaft bestehe, nur für einen incestus juris civilis gehalten.

Noodt, Comm. ad Dig. lib. 23. tit. 2. p. 490.
Heisler, von Verjährung der Blutschande §. 1. Not. x.

Andere verwerfen den Unterschied zwischen incestae nuptiae juris gentium und juris civilis, und nehmen an, Justinian habe in der Nov. 89 u. 74 auf die Eheverbote seiner Zeit Rücksicht genommen, nach welchen die Ehe mit des Bruders und der Schwester Tochter, ebenso wie mit der Schwester für ein nefandissimum scelus erklärt werde. Dies ergebe L. 2 C. si nuptiae ex rescripto pet. und Gaji Inst. lib. 1. §. 62.

Glück, Intestaterbfolge §. 134.

Andere wollen für das heutige Recht als Princip aufstellen, daß die Vorschriften des römischen Rechts bloß auf solche Kinder eingeschränkt würden, die aus einem incestu juris divini geboren sind; dabei entsteht dann ferner der Zweifel, ob dieses von allen Eheverboten des mosaischen Rechts, oder nur von denjenigen zu verstehen sei, welche keine Dispensation zulassen.

Einige behaupten das erstere, indem die mosaischen Eheverbote Sittengesetze seien, wogegen keine Dispensation zulässig sei.

G. L. Böhmer, princ. jur. can. §. 304.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1218.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 368.
Schmalz, Handb. des can. Rechts §. 304.

Andere meinen, es sei allerdings ein Unterschied zu machen, wie ja auch selbst Moses bei Bestimmung der Strafen einige Eheverbote dadurch auszeichne, daß er auf deren Uebertretung Todesstrafe setze (z. B. 2. B. Moses XX. V. 11. 12. 14. 17.), andere aber nur mit einer bürgerlichen Strafe bedrohe, und die denselben zuwider eingegangenen Ehen dulde, ohne sie zu trennen (z. B. 2. B. Moses XX. V. 19—21). Erstere nun seien indispensable Eheverbote, auf welche sich das anwenden lasse, was das römische Recht in der Nov. von den nefariis et incestis nuptiis verordne.

Michaelis, mosaisches Recht Th. 2. §. 112.
Glück, Intestaterbfolge §. 135.

Vergl. Erbunfähigkeit Präj. 1 zu Contr. 5.

VI.

Kinder aus einem stuprum, mit einer ledigen unbescholtenen Weibsperson, werden spurii, Kinder von einer Hure geboren werden vulgo quaesiti genannt, und die im Concubinat erzeugten Kinder heißen liberi naturales. Letztere beerben unbestritten ihre Mutter und mütterlichen Verwandten.

Rücksichtlich des Erbrechts der spurii und vulgo quaesiti herrscht Streit.

Einige meinen, daß zwar die vulgo quaesiti, nicht aber die spurii ihre Mutter ab intestato beerbten. Das stuprum sei nämlich nach der lex Julia de adulteriis ein strafbares Verbrechen gewesen, nicht aber die Hurerei, L. 20. L. 22 C. ad L. Jul. de adult. Daher werde in allen Stellen, welche von der Succession der unehelichen Kinder in das Vermögen der Mutter reden, der Ausdruck vulgo quaesiti gebraucht, und so sei auch die L. 5 C. ad SC. Orphit. bloß von Hurkindern, quibus pater incertus est, zu verstehen.

Forster, de hered. quae ab intest. lib. 6. cap. 48 u. 50.
Vinnius, Comm. ad §. 4 Inst. de success. cognat.
Ludolff, Entwicklung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 101.
Weber, Erläuter. der Pand. Th. 2. S. 322. ss.
Koch, success. ab intest. §. 32. schol. 2.

Andere behaupten, spurii succedirten zwar der mütterlichen Großmutter, nicht aber dem mütterlichen Großvater.

Cujacius, obs. lib. 26. c. 23.

Andere behaupten, daß die spurii den mütterlichen Seitenverwandten und Cognaten nicht succedirten.

Bynkershoek, quaest. jur. priv. lib. 3. c. 11.

Dagegen meinen Andere, daß auch spurii die Mutter und die mütterlichen Seitenverwandten beerbten. Denn es bestehe kein Gesetz, welches die spurii von der mütterlichen Erbschaft ausschließe; der Ausdruck vulgo quaesiti begreife ohne Zweifel, wie sich aus L. 3 D. de statu hom. ergebe, die spurii mit in sich, und geschehe ja aber auch in der L. 5 C. ad SC. Orphit. der spuriorum ausdrückliche Erwähnung. Aus den Worten quibus pater incertus sit folge noch nicht, daß vulgo quaesiti gemeint seien; das Gesetz setze vielmehr die spurios den liberis naturalibus, a concubina liberae conditionis procreatis entgegen, wie ja aus den letzten Worten des Gesetzes erhelle. Nun aber sei ja bekannt, daß eigentlich bei allen unehelichen Kindern, außer den naturales, der Vater als incertus angesehen werde. Auch sei noch gar nicht ausgemacht, ob die stuprata nach der lex Julia de adult. gestraft sei, wenigstens werde solches öfters bestritten, cf. z. B. Quistorp, Grundsätze des deutsch. peinl. Rechts Th. 1. §. 476.

Glück, Intestaterbfolge §. 138.
Höpfner, Instit. §. 690. Not. 4.

Siehe das Präj. bei Contr. 7.

VII.

Soviel die adulterini betrifft, streitet man, ob solche im Erbrechte den incestuosis oder den spuriis gleichzustellen seien.

Einige meinen, wenn auch das römische Recht einen Ehebruch nur in Beziehung auf verheirathete Weibs-

personen annehme, so dehne das canonische Recht dies auch auf verheirathete Ehemänner, cap. 15. 16 u. 23. caus. 32. qu. 5 aus, und verstehe man deshalb unter adulterini auch die Kinder, welche von Ehebrechern erzeugt sind.

Thibaut, System §. 239. Not. l.

Deshalb seien die aus einem solchen Beischlafe verheiratheter Männer erzeugten Kinder den adulterinis gleichzuachten. Da nun die adulterini den incestuosis gleichgestellt würden, incestuosi aber den mütterlichen Ascendenten nicht succedirten, so treffe dieses auch die adulterini.

Koch, success. ab intest. §. 35.
Voet, Comm. ad P. T. II. lib. 38. tit. 17. §. 9.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1420.
Wernher, obs. for. T. II. P. 6. obs. 317.

Andere verneinen diese Schlußfolgerungen; denn die erweiterte Idee des canonischen Rechts sei dem römischen Rechte fremd, könne also in Bezug auf das Erbrecht nicht zur Anwendung kommen; dagegen sei das eigentliche adulterium im römischen Rechte besonders hart bestraft, und deshalb müßten die aus einem römisch-rechtlichen Ehebruche erzeugten Kinder allerdings zu denen gerechnet werden, die ex damnatis complexibus geboren sind.

Weber, Versuche über das Civilr. Nr. 1. §. 21. S. 62.
Glück, Intestaterbfolge §. 136.

Präjudiz 1.

.... Uebrigens folgt aus der hier adoptirten Meinung keineswegs, daß man auch den ex damnato coitu natis ein Succeßionsrecht an der Verlassenschaft ihrer Mutter und mütterlichen Seitenverwandten zugestehen müßte, weil dergleichen Uneheliche überhaupt für erbunfähig erklärt sind, daher natürlich unter den unehelichen Cognaten, denen die Gesetze ein Erbrecht einräumen, die ex damnato coitu nati nicht begriffen werden können.

Erk. des Obertribunals zu Stuttgart vom 24. Sept. 1824.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 256.

VIII.

Streitig ist, ob diejenigen unehelichen Kinder, welche ihr Dasein einer an ihrer Mutter verübten Nothzucht oder Schändung (stuprum involuntarium) verdanken, gleich wie eheliche Kinder succediren.

Einige meinen, solche Kinder müßten den Kindern aus putativer Ehe gleichgestellt werden, sie müßten also beiden Eltern succediren, und wie eheliche Kinder behandelt werden. Denn es sei nicht einzusehen, warum solche Kinder nicht den Brautkindern gleichgestellt werden sollten, und diese würden nach dem Gerichtsgebrauch für legitime gehalten.

Koch, success. ab intest. §. 36.
Carpzov, lib. 5. resp. 113.

Andere meinen, eine Gleichstellung der aus dem stuprum involuntarium entsprossenen Kinder mit denen aus putativer Ehe sei unzulässig, da die putative Ehe jederzeit eine wirklich und förmlich geschlossene Ehe voraussetze. Auch eine Gleichstellung mit Brautkindern sei unzulässig, und seien deshalb diese Kinder nicht anders wie spurii zu behandeln.

Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 498.

Glück, Pand. Bd. 2. S. 92.
Ludolff, Lehre von der Intestaterbfolge §. 105.
Walch, introd. in contr. jur. p. 378.
Busch, Rechte geschwächt. Frauenspersonen S. 412.
Spangenberg im civil. Archiv Bd. 12. S. 487.

IX.

In Nov. 18. c. 5 und Nov. 89. c. 12 verordnet Justinian, liberi naturales des ersten Grades sollten dann, wenn der Vater weder eine legitime Ehefrau noch eheliche Kinder hinterlasse, zusammen mit ihrer Mutter $^1/_6$ aus der Nachlassenschaft desselben erben, — wobei vorausgesetzt wird, daß der Mann nur eine in wirklicher Hausgemeinschaft mit ihm lebende Concubine hatte, und die Kinder in seinem Hause erzogen wurden. Seien aber legitime Kinder oder eine Ehefrau vorhanden, so sollten Concubinenkinder aus dem Nachlasse ihres Vaters nur die Alimente empfangen. Uebrigens solle in denselben Fällen, in denen die Kinder ihren Vater beerbten, auch dem Vater ein gleiches Erbrecht auf $^1/_6$ an dem Vermögen der Kinder zustehen.

Streitig ist nun, ob und in wie weit diese Grundsätze noch heutzutage anwendbar seien.

Einige meinen, die römisch-rechtlichen Bestimmungen seien heutzutage nicht mehr anwendbar, weil bei uns Concubinen und Concubinenkinder im römischen Sinne des Worts gar nicht mehr vorkommen könnten, seitdem durch das canonische Recht und durch Reichsgesetze der Concubinat verboten und verpönt sei, und wir denselben also nur noch als fortgesetztes stuprum ansehen dürften.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 413. Not. 1.
Thibaut, System §. 857.
Arndts im Rechtslexikon Bd 5. S. 680.
Mackeldey, Lehrb. §. 616. Not. e.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 433.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
Seuffert, Pand. §. 441.
Pufendorf, obs. 89.
Gett, die Rechtsverh. aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 256.
Busch, Rechte der geschwächten Frauenspers. §. 303
Kind, quaest. for. Th. 4. Cap. 71.
Kapff, merkw. Rechtsspr. S. 98.

Andere gehen von folgenden historischen Voraussetzungen aus: Obwohl der Concubinat in Deutschland bei Strafe verboten ist (R.-P.-O. 1577. Tit. 26. §. 1), so hat sich dennoch, namentlich wenn die Vaterschaft anerkannt oder wahrscheinlich gemacht ist, seit alter Zeit die Ansicht der Praktiker dahin geeinigt, das obige Intestaterbrecht für uneheliche Kinder, sobald sie nur nicht ex damnato coitu erzeugt worden, aufrecht zu erhalten. So findet sich schon in der italienischen Jurisprudenz aus der Zeit vor dem 16. Jahrhundert, ungeachtet die Verdammung des Concubinats durch das canonische Recht (c. 30. qu. 5. c. 2, c. 1. §. 1. X. de sponsal. c. 9 X. de cland. desp. coll. dist. 34. c. 4. c. 5) hinlänglich bekannt war, der Satz allgemein gelehrt, daß dadurch dem Erbrecht der Kinder kein Eintrag geschehen sei. Von den Ländern des römischen Rechts diesseits der Alpen fand in Frankreich und den Niederlanden das fragliche Erbrecht niemals Anerkennung. In

Deutschland dagegen wurde es allgemein anerkannt, selbst vom R.-K.-Gericht. Widersprechende Gegner stehen ganz vereinzelt da. Auch ging man jetzt schon weiter, und dehnte es auf solche Kinder aus, deren Eltern sich hätten heirathen können. Dabei blieb man im sechzehnten Jahrhundert der reichsgesetzlichen Vorschrift ungeachtet. Das 17. Jahrhundert trat ganz entschieden und allgemein in die Bahn des vorigen. Die Gerichte und Particularrechte geben den Widerschein dieser in die Praxis nun schon fest eingedrungenen Ansicht. An Widerspruch fehlte es zwar nicht ganz, er blieb aber vereinzelt. Seit dem 18. Jahrhundert wird dieser mit Verweisung auf den theoretischen Grund der Sache zwar häufiger, indessen beschränkt sich die Zahl der bekannteren Rechtslehrer doch nur auf funfzehn. Im Uebrigen hielt man an der hergebrachten Ansicht fest, und dasselbe gilt vom 19. Jahrhundert, obwohl man sich von der theoretischen Unhaltbarkeit der Praxis überzeugt hatte.

Nach dieser historischen Einleitung nehmen Viele an, daß der Praxis ein überwältigender Einfluß zuerkannt werden müsse, und in Betracht, daß allgemein die Analogie der über den Concubinat gegebenen Bestimmungen die Praxis geleitet habe, müsse man das Erbrecht der Concubinenkinder auf alle unehelichen Kinder ausdehnen.

Glück, Intestaterbfolge § 109.
Meister, prakt. Bemerk. Bd. 1. Nr. 14.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 3. Resp. 240. Nr. 18.
Köchy, Meditat. Bd. 6. S. 61.
Leyser, sp. 356.
Lauterbach, coll. th. pr. 38. 18. §. 18.
Günther, princ. jur. Rom. §. 819.
und viele andere ältere Rechtslehrer.

Siehe

Glück, l. c.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 165. Not. 1.

Siehe hierüber

Mayer, Erbrecht der lib. natur. (1838).

Vergl. Erbunfähigkeit, relative, Contr. 3.

Präjudiz 1.

Nach dem neuesten römischen Rechte
Nov. 89. c. 12.
haben die Concubinenkinder, die Nichtexistenz einer Ehegattin und rechtmäßiger Kinder vorausgesetzt, ein Erbrecht auf den sechsten Theil der väterlichen Intestaterbschaft, von welchem sie die Hälfte ihrer Mutter überlassen sollen. Die Praxis wendet dies auf uneheliche Kinder insgemein (mit Ausnahme der ex damnato coitu procreati) an. Hierbei ist die Frage, ob etwa die Existenz einer Ehegattin nur im Falle eines ihr auf des Mannes Nachlaß zukommenden Erbrechts den Anspruch der unehelichen Kinder ausschließe, nach § 4 der angeführten Novelle zu verneinen. Die Ausschließung der unehelichen Kinder bei dem Dasein einer Ehegattin ist keineswegs zum Vortheil der letzteren verordnet, vielmehr hat der Gesetzgeber insbesondere den Fall vor Augen, wo der Nachlaß an Seitenverwandte fällt („et veniat cognatio forsan").

Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal zu Stuttgart in einem Erk. vom 31. Juli 1843 adoptirt.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 87.

Präjudiz 2.

Den nach römischem Rechte im Falle des Nichtvorhandenseins einer Ehefrau und ehelicher Kinder zum sechsten Theile des Vermögens ihres Vaters ab intestato erbberechtigten Concubinenkindern werden nach der Praxis nur diejenigen unehelichen Kinder gleichgestellt, welche von dem natürlichen Vater anerkannt worden sind.

Erk. des Hof- und Appellat.-Gerichts zu Usingen, mit Bezug auf die demselben beigefügten Motive bestätigt durch Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 3. Juli 1844.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 88.

Präjudiz 3.

In Beurtheilung eines gegebenen Falles wurde nachgewiesen, daß die Praxis des vormaligen Consistoriums das fragliche Erbrecht (auf den sechsten Theil des Nachlasses) ungeachtet der gesetzlichen Verwerfung des Concubinats und damit des Wegfallens eigentlicher liberi naturales, dennoch auch bei bloßen spuriis anerkannt habe. In Folge dieser festgestellten Consistorialpraxis nahm auch das Gericht höchster Instanz diesen Satz als durch Gerichtsgebrauch festgestellt an.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 8. Januar 1810; desgl. vom 2. Mai 1829.

Dieses Erbrecht soll aber wegfallen, wenn der natürliche Vater ein Testament hinterlassen und darin seine unehelichen Kinder übergangen hat*).

Erk. desselben Gerichtshofs vom Jahre 1805.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 67.

*) Bezugnahme auf Koch, de success. ab intest. § 31; Struv. syntagma jur. civ. exerc. 10. th. 16. exerc. 38 th. 23; Engau, decis. P. II sect 2. resp. 4, Brunnemann ad L. 8 C. de natural. lib. Nro. 1. 3; Müller, promt. jur. s. v. (succ. ab intest.) §. 22.

Präjudiz 4.

In der Rechtssache des Bösch'schen Vermundes wider die unverehelichte Anna Balk hatte der Kläger event. gegen die Giltigkeit der zu Gunsten dieser und ihrer unehelichen Kinder getroffenen Dispositionen des weil. Bösch geltend gemacht, daß, selbst wenn das römisch-rechtliche Concubinat gegenwärtig nicht mehr stattfinde, doch die das testamentarische Succesionsrecht der Concubine und ihrer Kinder, — bei vorhandener rechtmäßiger Nachkommenschaft, — beschränkenden Vorschriften der Nov. 89. c. 12 wenigstens da ihre Geltung nicht verloren hätten, wo die inneren Gründe dieser Vorschriften*) zuträfen, wie das in dem vorliegenden Rechtsstreite der Fall sei.

Das OAG. zu Celle sprach indessen aus, daß die fragliche — als ein der Intestaterbin auferlegtes Fideicommiß zu betrachtende — Verfügung durch die Vorschriften der Nov. 89. c. 12 nicht modificirt werde, weil es einen Concubinat im Sinne des römischen Rechts überall nicht mehr gebe.

Erk. vom 21. März 1854.
Mit dieser Ansicht stimmt überein
Mühlenbruch, Pandekten Bd. 3. S. 642. Not. 9 und Commentar Bd. 39. S. 323 f.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 68.

*) Vergl. über diese Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 39 S. 335.

Präjudiz 5.

Nach einer Mittheilung der
Jurist. Zeitung f. Hannover Jahrg. 1850. S. 480.
hat das OAG. zu Celle noch in neuester Zeit, namentlich in einem Erkenntnisse vom 6. November 1850, und zwar in Uebereinstimmung mit den Erkenntnissen der Vorinstanzen, gegen die Annahme eines Intestaterbrechts der unehelichen Kinder in Bezug auf den Nachlaß des unehelichen Vaters entschieden. Nach den oberstrichterlich gebilligten Entscheidungsgründen der vorinstanzlichen Gerichte findet das den Concubinenkindern durch das römische Recht beigelegte Erbrecht auf die, nicht als liberi naturales im Sinne des römischen Rechts zu betrachtenden, unehelichen Kinder keine Anwendung. Auch kann die Bezugnahme auf die Ansichten der ohnehin sich widersprechenden heutigen Lehrer des römischen Rechts zur Darlegung einer behaupteten, entgegenstehenden Praxis nicht für genügend erachtet werden.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 202.

Präjudiz 6.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kömmt hierüber vor:

Nach dem heutigen gemeinen Rechte ist ein Erbrecht unehelicher Kinder in den Nachlaß ihres Erzeugers nicht begründet. Denn

a) nach römischem Rechte haben außerehelicher Kinder am Nachlasse ihres Erzeugers überall kein Recht, weil dieser als juristisch ungewiß betrachtet wird. Concubinenkinder sind jedoch von den außerehelichen wesentlich verschieden. Der Concubinat ist jedenfalls seit Justinian's Vorschrift, daß man nur mit einem Weibe in erlaubtem Concubinate leben dürfe,

Nov. 18. c. 5.

Nov. 89. c. 12. §. 4. 5.

der Ehe sehr genähert, von welcher er sich namentlich darin unterscheidet, daß die Frau an der dignitas des Mannes keinen Theil nimmt,

fr. 49. §. 4 de legat. III.

und die Kinder der Mutter folgen. Daher tritt denn auch die für eheliche Kinder geltende Fiction der Vaterschaft auch bei den Concubinenkindern ein. Justinian hat ihnen sogar in

Nov. 18. c. 5.

Nov. 89. c. 12

ein Erbrecht in den Nachlaß des Vaters ertheilt, dessen positive Voraussetzungen darin bestehen, daß die Mutter die einzige Concubine des Vaters gewesen sei und während der Dauer des Concubinates in dessen Hause gelebt habe; daß ihre Kinder bei dem Vater geboren und unterhalten sein müssen, und endlich es nur Concubinenkindern ersten Grades zusteht. Die negativen Voraussetzungen dagegen bestehen in dem Nichtvorhandensein einer Ehefrau beim Tode des Vaters der Concubinenkinder, in dem Nichtvorhandensein ehelicher Descendenz, und endlich in dem Nichtvorhandensein eines Testamentes, einer Disposition über das Vermögen als solches; nicht einer sonstigen letztwilligen Verfügung . . . .

Anlangend sodann

b) das heutige Recht, so ist

1) durch das canonische Recht und die Reichspolizeiordnungen von

1530. tit. 33. 1548. 1577. tit. 25. §. 1.

dem Concubinate seine im römischen Rechte vorhandene rechtliche Existenz genommen. Daraus ergibt sich, daß Concubinenkinder von andern unehelichen juristisch sich nicht weiter unterscheiden, und hieraus ferner, daß das in den gedachten Novellen ihnen beigelegte Erbrecht nicht weiter angewendet werden kann, weil es an Personen fehlt, welche die juristische Eigenschaft hätten, an deren Voraussetzung es geknüpft ist. Wenn man dagegen einwendet,

α) nicht das Erlaubtsein des Concubinates, sondern die aus solchem hervorgehende Gewißheit der Vaterschaft, in Verbindung mit der von Justinian selbst geltend gemachten Billigkeit, spreche für die Beibehaltung, so ist übersehen, daß die Fiction der Gewißheit der Vaterschaft nicht eine Folge jenes längeren Zusammenlebens, sondern des Umstandes ist, daß insoweit Concubinat und Ehe sich gleichstehen, sowie daß Justinian selbst erklärt, die Billigkeit spreche nur für Concubinenkinder, nicht aber für andere uneheliche. Noch weniger bedeutet

β) der Einwand, canonisches Recht und Reichsgesetze hätten nur den Concubinat verboten, nicht aber das Erbrecht der Concubinenkinder; es müsse also der Satz zur Anwendung kommen: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Allein nicht die ratio des Erbrechtes aus den Novellen ist aufgehoben, sondern dessen Subject ist hinweggefallen, weil es rechtlich nicht mehr existirt.

γ) Daß mit Aufhebung des Concubinates durch die Reichsgesetze auch das Erbrecht gegen die Mutter hinwegfallen müsse, wenn man das gegen den Vater ableugne, ist ein gänzlich nichtiger Einwand für die Erhaltung des letzteren, weil alle unehelichen Kinder überhaupt nach römischem Rechte ihre Mutter von jeher beerbt haben.

Sodann wird

2) die den Vorschriften der Novellen direct widerstreitende Ausdehnung des Erbrechtes auf alle unehelichen Kinder auf zwei Analogien gestützt:

α) darauf, daß heutzutage die Möglichkeit vorhanden sei, jedes uneheliche Kind, die Vaterschaft vorausgesetzt, durch Verheirathung mit der außerehelichen Mutter zu legitimiren, was nach römischem Recht nur in Betreff der Concubinenkinder zulässig gewesen sei; cap. 6. 13 X. qui filii sint legitimi 4, 17 stellten alle spurii den naturales gleich. Allein diese Gleichstellung ist in den gedachten Stellen nicht enthalten, und die Möglichkeit, ehelich zu werden, berechtigt nicht zu dem Schluß, daß man ein wenn auch beschränktes Erbrecht habe, für den Fall, daß man unehelich geblieben ist.

β) Ebensowenig bedeutet die aus der Alimentation entnommene Analogie: bei den Römern seien liberi naturales von dem Vater bei Lebzeiten und nach dessen Tode aus dessen Vermögen zu alimentiren gewesen, wenn sie zu dem beschränkten Erbrecht nicht hätten gelangen können. Die Vorschriften über Alimentation seien auf alle unehelichen Kinder ausgedehnt, und das Gleiche müsse daher auch in Betreff des Erbrechtes gelten. Allein abgesehen davon, daß nach den Vorschriften der Novellen es bedenklich ist, eine Verpflichtung des Vaters anzunehmen, bei seinen Lebzeiten seine Concubinenkinder zu ernähren, wodurch die Basis jener Ausdehnung entzogen würde, so hat man den Grund der gedachten Alimentation vielmehr in der Praxis des spätesten Mittelalters zu suchen, welche sich auf das nach canonischem Rechte durch jeden Beischlaf erzeugte verwandtschaftliche Verhältniß stützte. Daß aber daraus mit Nothwendigkeit der Anspruch auf ein Erbrecht folge, läßt sich doch schwerlich behaupten, da in dem minus das majus offenbar nicht enthalten ist.

γ) Wenn die Kläger für ihre Auffassung das Christenthum in Anspruch nehmen, so vermag dieses, wenn ja der Satz aus ihm sich ableiten ließe, eine juristische Hilfe ihnen nicht zu geben.

Auch läßt sich

3) ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht oder ein allgemeiner Gerichtsgebrauch für das Erbrecht von heutigen Concubinenkindern oder von allen unehelichen Kindern an der Erbschaft des Erzeugers nicht nachweisen. Ein solches, und zwar der zweiten Alternative nach, zu deduciren hat

Mayer, Intestaterbrecht der liberi natur. nach heutigen Rechten. Tübingen 1838.

zu seiner Aufgabe gemacht, und gelangt zu dem Resultate, daß, nachdem anfangs Doctrin und Praxis wenigstens in Deutschland sich an die Vorschriften des römischen Rechts gehalten, später eine Ausdehnung auf alle spurii stattgefunden habe, und diese im 16. und 17. Jahrhundert zur Herrschaft gelangte Doctrin von den höchsten Gerichten adoptirt, von den Juristenfacultäten befolgt und in die neueren Particulargesetzgebungen übergegangen sei. Eine solche constante Praxis müsse noch jetzt, des theoretischen Dissenses neuerer Rechtsgelehrten ungeachtet, befolgt werden, da auch diese das Vorhandensein der abweichenden Praxis wenigstens anzuerkennen pflegten. Eine genauere Prüfung der Literatur führt jedoch zu folgendem Resultate:

α) So lange der Concubinat durch die Reichsgesetze noch nicht verboten war, stand der Anwendung von Justinian's Vorschriften nichts entgegen; sie waren praktisches Recht und wurden als solches gelehrt.

Vergl. Petri exceptiones lib. 1. c. 8 bei Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. 2. Anhang.

β) Seit dem Verbote beschränkten sich viele Schriftsteller auf eine reine Darstellung des römischen Rechts, ohne sich über die heutige Anwendbarkeit zu erklären. So

Donellus, Comm. lib. 9. c. 2. §. 8. (Bd. 5. S. 218 ed. Bucher.)

Wo dies geschah, war eine dreifache Auffassung möglich und fand ihre Vertreter:

1) Concubinenkinder stehen den anderen unehelichen Kindern rechtlich gleich: das Erbrecht cessirt. So die französische Schule:

Duarenus in D. de inoff. test. c. 6.

Cujacii obs. lib. 5. c. 6 in f.

und besonders die Ausführung in

Merendae controv. Vol. III. lib. 14. c. 6.

2) Andere ertheilten das Erbrecht in Fällen, wo ein Verhältniß bestanden hatte, auf welches Justinian's Vorschriften

anwendbar waren, mit bewußten oder unbewußten Abweichungen. Dies geschah in Deutschland besonders im 15. und 16. Jahrhundert, bis

3) in dem 17. und 18. Jahrhundert sich die Ansicht, welche die Anwendbarkeit auf alle unehelichen Kinder consequent durchführte, zur herrschenden erhob.

Allein es fehlte immer noch viel, um behaupten zu können, daß diese letzte Ansicht sich als allgemeine Auffassung ansehen ließe, und wenn in neuester Zeit fast sämmtliche namhafte Civilisten, welche sich theoretisch für die erste Auffassungsweise erklären, z. B.

Puchta, Pandekten §. 455. Not. d — f und dazu Vorles. Bd. 2. S. 310, und

Vangerow, Leitfaden Bd. 2. §. 413. Anm. 1.

bemerken, daß die Praxis für die entgegengesetzte Ansicht sei, so berufen sie sich doch hierfür nur auf Schriftsteller, welche solches bezeugen, nicht auf Präjudicate. Die deutschen Juristenfacultäten nämlich, welche sich als die Vermittlerinnen und Fortbildnerinnen des gemeinen Rechts in den vergangenen Jahrhunderten betrachten lassen, haben sich zu keiner Zeit gleichförmig über die in Rede stehende Streitfrage ausgesprochen, und dieser Zustand hat bis auf unsere Tage fortgedauert.

Vergl. Albert in Martin's Jahrbüchern Bd. 2. H. 1. S. 55.

Ganz besonders aber muß es in die Wagschale fallen, daß die Praxis der höchsten Landesgerichte, besonders in Norddeutschland, sich mehrentheils gegen dieses Erbrecht ausgesprochen hat. Zunächst nämlich ist hervorzuheben, daß Mevius, welchem die Kläger mit Recht einen bedeutenden Einfluß auf die norddeutsche Praxis zuschreiben, in seinen Decisionen dieses Erbrechts überall nicht gedenkt, und hierdurch indirect bekundet, daß diese sonst vielfach ventilirte Rechtsfrage bei dem höchsten Tribunal zu **Wismar** nicht zur Entscheidung gekommen sei. In seinem Commentar ad jus Lubec. lib. 2. tit. 2. §. 9. Nro. 1 — 20 entwickelt zwar Mevius ausführlich das reine römische Recht, fährt jedoch also fort: mores hodierni ex isto recensito jure non parum mutarunt, sed varie. Apud nos a jure civili plane recessum. Nec enim, ut olim, concubinatus licitus est, sed Christiana pietate pro damnato coitu habetur, proinde poena pecuniaria arbitraria puniri solet, aut ad minimum ecclesiastica censura castigari. **Liberi exinde nati** pro spuriis habentur.

Nicht minder wird in Kurhessen nach

Cannegieser, dec. Hasso-Casselan. T. 1. dec. 26. p. 80 —82.

gegen das Erbrecht aller unehelichen Kinder entschieden. In dem Königreich Hannover ist der Mangel jeder Erbberechtigung seit Einsetzung des Oberappellationsgerichts so constant festgehalten worden,

Pufendorf, obs. 1, 89. 2, 49.

daß, abgesehen von einer gelegentlichen Aeußerung bei

Struben, rechtliche Bedenken Bd. 2. S. 310 ed. Spangenberg.

welcher sich auf Pufendorf bezieht, bei keinem der hannoverischen Praktiker bis auf die neueste Zeit sich diese Controverse auch nur erwähnt findet. Endlich hat das OAG. für Mecklenburg in wiederholten Entscheidungen und noch jüngst im Jahre 1841 sich gegen jedes Erbrecht irgend eines unehelichen Kindes gegen den Erzeuger wiederholt ausgesprochen. Abweichende Entscheidungen, wenigstens aus Norddeutschland, sind nicht bekannt geworden, indem das in

Seuffert's Archiv Bd. 1. Nr. 87.

angeführte Präjudicat des Obertribunals zu **Stuttgart** vom 31. Juli 1833 auf dem würtembergischen Landrechte beruht, und das ebenfalls Nr. 88 angeführte des OAG. zu **Wiesbaden** vom 3. Juli 1844, indem es auf die Anerkennung eines unehelichen Kindes von seinem natürlichen Vater ein Gewicht legt, eine isolirte Meinung aufstellt.

Aus der vorstehenden Ausführung ergibt sich, daß das in Rede stehende Erbrecht in den Hamburg benachbarten Staaten — über Holstein vergl.

Paulsen, Privatrecht von Schleswig, Holstein u. Lauenburg 2. Aufl. §. 182. Not. 3. —

durch festen Gerichtsgebrauch reprobirt ist*), und auch auf ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht oder einen allgemeinen deutschen Gerichtsgebrauch sich nicht stützen läßt.

Erk. des OAG. zu **Lübeck** vom 30. Mai 1852, in S. Eigener und Steffen c. H. Gries mand. nom.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 223.

*) Vergl. Erk. des OAG. zu **Kiel** vom 27. Febr. 1841. „Das nur den Concubinenkindern im römischen Rechte ertheilte Erbrecht in den väterlichen Nachlaß muß mit dem römischen Concubinate selbst als hinfällig erachtet werden; in dem canonischen Rechte ist die Begründung eines solchen Erbrechtes für alle Arten unehelicher Kinder so wenig zu finden, als für selbiges ein allgemeines Gewohnheitsrecht angeführt werden kann."

X.

Streitig ist, ob, wenn der Gerichtsgebrauch oder das Particularrecht ein Erbrecht der unehelichen Kinder in den sechsten Theil des väterlichen Vermögens gestatten, heut zu Tage die Mutter an solchem sextans participiren könne.

Einige behaupten, diese Reciprocität sei gar nicht bestritten,

Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 1.

und bejahen die Frage, weil der Geschwächten, im Allgemeinen, Entschädigungsansprüche gegen den Schwängerer zugestanden würden.

Glück, Intestaterbfolge §. 109.

Rosmann, de succ. concubinae cap. 2. §. 10.

Carpzov, P. 1. dec. 167.

Andere verneinen die Frage, weil die Mutter aus einem facto illicito lucriren würde.

Biener, diss. varias jur. civ. quaest. tractans qu. 1.

Präjudiz 1.

Der in Nov. 18. cap. 5 und Nov. 89. cap. 12 den Concubinenkindern zugebilligte sechste Theil vom Nachlasse des ohne Ehefrau, eheliche Kinder und einen letzten Willen verstorbenen Erzeugers ward in Frankfurt durch die Praxis auf Grund der in der dortigen Reformation 5 1. §. 13 vorkommenden Worte „oder Liedkindern" auch den **Jungfernkindern** zuerkannt*). In einem vorgekommenen Fall war diese Jungfernkindsportion theilweise von der Mutter des Kindes in Anspruch genommen worden. Dieser Anspruch wurde für unstatthaft erachtet. „Zunächst deßhalb, weil in Frankfurt, dessen Reformation eines Erbrechts weder der außerehelich Geschwächten noch bleibender Zuhälterinnen gedenkt, nach Reichs- und Landesgesetzen**) außerehliche Schwächung wie Concubinat mit Strafen bedroht sind, und daher mit einem eventuellen Erbrecht nicht belohnt sein werden, eine Ansicht, welche auch in der dortigen Rechtsprechung angenommen worden ist***). Jedenfalls aber aus dem Grunde, weil Klägerin nach ihrem Verhältnisse zu dem Erblasser sich anderweit verheirathet hat, und die Novellen ein Erbrecht nur einer Frau geben, welche mit dem Verstorbenen „dum vixit" zusammengelebt und nicht vorher „separatione vel morte" von ihm sich getrennt hat. Hiernach war anzunehmen, daß das Erbrecht für die unmündige Tochter zu dem vollen Sechstheil geltend gemacht sei."

Erk. des OAG. zu **Lübeck** vom 11. Nov. 1854, in der Frankfurter Sache der Ehefrau L. . . . , geb. F., wider die Geschwister F., Erbansprüche und Alimente betr.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 46.

*) Bezugnahme auf Orth, Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. 6. S. 890. 891, u. Adlerflycht, Priv.-R. der St. Frankfurt II. §. 271; Bender, Handb. des Frankf. Pr.-R. S. 486; Souchay, Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. 2. S. 880—897.

**) Bezugnahme auf Orth a. a. O.

***) Bezugnahme auf Souchay a. a. O. S. 900.

XI.

Streitig ist, ob der Mutter unehelicher Kinder auch dann ein Anspruch auf den

sextans oder eine Quote zustehe, wenn die unehelichen Kinder als Erben wegfallen.

Einige meinen, auch in dem Falle, wenn das uneheliche Kind bereits gestorben sei, oder den Erbtheil ausgeschlagen habe, gebühre der Mutter der sextans.

Glück, Intestaterbfolge §. 108. S. 332.

Andere meinen, es bestehe gar kein stichhaltiger Grund, der unehelichen Mutter in solchem Falle einen Erbanspruch zuzuerkennen. Die Fassung der Worte der Nov. 18. c. 5 u. Nov. 89. c. 12. §. 4 laute fast wörtlich übereinstimmend: ut (liberi) duas uncias paternae substaotiae habeant, una cum matre dividas, quotcunque sint liberi, ita ut unius filii portionem mater quoque accipiat, und diese Worte berechtigten zu der Annahme, daß die Mutter nur eine Forderung gegen ihre Kinder, die Kinder allein aber ein Erbrecht haben. Nehme man das Gegentheil an, so sei unter Umständen die Hure günstiger gestellt als die Ehefrau.

Sintenis, Civilr. III. §. 165. Not. 1.

Andere nehmen an, daß in diesem Falle die Mutter zwar nicht den vollen sextans, wohl aber ein Zwölftel erben müßte, weil in der Nov. 18. c. 5 von zwei Erbtheilen die Rede sei.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 501.
Rosmann, de success. concubinae (1787).
Höpfner, Instit. §. 690. Not. 7.

XII.

Streitig ist, ob das Erbrecht der unehelichen Kinder sich außer dem Vermögen der Mutter, Großmutter und Geschwister auch auf entferntere Verwandte mütterlicher Seits erstrecke.

Einige meinen, da das reciproke Erbrecht zwischen dem Kinde und dessen Mutter und deren Geschwistern und Großmutter durch die L. 2 u. L. 4 D. unde cognati 38, 8 ausdrücklich ausgesprochen sei, so dürfe dasselbe auch nur auf diese Personen erstreckt werden, zumal alle bonorum possessiones streng genommen werden müßten.

Cujacius, obs. lib. 26. c. 23.
Bynkershock, obs. jur. R. lib. 3. c. 11.
Biener in not. Heineccii elem. §. 760.

Andere meinen, das uneingeschränkte Erbrecht natürlicher Kinder in das Vermögen der mütterlichen Verwandten sei anzunehmen, weil das Edict unde cognati nicht auf die dem römischen Rechte eigene Succession aus der Agnation und dem Hausrecht sehe, sondern bloß auf das naturale sanguinis vinculum, auf aequitas beruhe; es sei ja auch zum Cognationsrecht nicht die eheliche Geburt erforderlich gewesen, §. 4 Inst. 3, 5, und die bonor. poss. unde cognati bis auf den sechsten Grad gegeben, §. 5 Inst. eod.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 501.
Madihn, Miscellen I. Nr. 24. S. 120.
Mackeldey, Lehrb. §. 616.
Tafel, auserlesene Rechtssprüche Bd. 1. S. 167.
Sintenis, Civilrecht Bd. 1. §. 162. Not. 5.

Präjudiz 1.

Das fr. 2 unde cognati (38, 8) spricht zwar namentlich nur von dem Erbrechte eines unehelichen Kindes am Nachlasse seiner Mutter und von dem Erbrechte der Mutter an dem des unehelichen Kindes, sowie der Geschwister unter sich. Dafür aber, daß diese in einzelnen Fällen nur als Beispiele anzusehen sind, sprechen a) der in demselben Gesetze vorangestellte Satz, wonach alle Cognaten zur Erbfolge berufen werden; b) der beigefügte Grund, welcher auf die dem Grade nach entferntere Cognation eben sowohl, als auf die Mutter, das Kind und die Geschwister paßt; c) die Art der Verbindung des allgemeinen Satzes mit dem nachfolgenden speciellen; endlich d) die deutliche Bestimmung des §. 4 Inst. de success. cogn. (3, 5), wonach in soweit, als überhaupt die Cognaten damals ein Intestaterbrecht hatten, auch die unehelichen Kinder für erbfähig erklärt sind. — Daher trifft hier die grammatische und logische Auslegung der Gesetze zusammen, um als ausgemacht annehmen zu können, daß Unehelichen nicht bloß an der Verlassenschaft ihrer Mutter, sondern auch an der entfernterer Seitenverwandten mütterlicher Linie ein Intestaterbrecht zustehe. Es wäre aber eine restrictive Auslegung, wenn man, ungeachtet die Worte des Gesetzes von allen Cognaten reden, und ungeachtet der im Gesetze angegebene Grund dieser allgemeinen Fassung ganz entspricht, die Erbfähigkeit der Unehelichen dennoch auf Seitenverwandte entfernteren Grades nicht beziehen wollte. Diese restrictive Auslegung wird auch nicht durch Nov. 118 gerechtfertigt, welches Gesetz zwar den bisher bestandenen Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten aufhob, in dem aber, was frühere Gesetze über das Erbrecht unehelicher Cognaten bestimmt hatten, nichts änderte.

Erk. des Obertribunals zu Stuttgart vom 24. Sept. 1824.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 256.

XIII.

Streitig ist, ob den Brautkindern ein Successionsrecht in das väterliche Vermögen gebühre.

Einige legen den Brautkindern, wenn ein giltiges Eheverlöbniß stattgefunden, und die Copulation durch den eingetretenen plötzlichen Tod des Bräutigams oder durch böslische Verlassung der Braut verhindert ist, ein Erbrecht bei, und führen dafür folgende Gründe an:

1) Die priesterliche Einsegnung sei weder nach dem Natur-, noch nach dem göttlichen und menschlichen Rechte zur Legitimität der Kinder absolut erforderlich; denn durch dieselbe werde eigentlich nicht die Ehe geschlossen, sondern die bereits geschlossene nur im Angesichte der Kirche erneuert und der geschehenen ehelichen Verbindung eine Beurkundung und ein öffentliches Zeugniß ertheilt.

2) Den aus solchem Beischlafe erfolgten Kindern dürfe die Schuld der Eltern nicht zugerechnet werden, besonders wenn man erwäge, daß nur Zufall, z. B. der Tod des Bräutigams, die priesterliche Einsegnung verhindert habe; die entgegengesetzte Ansicht sei zu hart und scheine sogar den Gesetzen (L. 22 C. de nupt. 5, 5. cap. 12 X. qui filii sint legit. 4, 17) zu widersprechen, welche den Grund, daß durch den Beischlaf zwischen giltig verlobten Personen die Einwilligung in die Ehe factisch erklärt sei, zu Gunsten solcher Kinder anerkennen.

3) Der Gerichtsgebrauch und ausdrückliche Particulargesetze, z. B. in Preußen, Hannover, Kurhessen, Nassau, Sachsen und Würtemberg, erkennten das Erbrecht dieser Kinder an.

Koch, success. ab intest. §. 27.
Brunnemann, diss. de sponsae partu spurio (1755) und die daselbst aufgeführten dreißig Rechtslehrer.
Leyser, sp. 298. §. 4.

Struben, rechtl. Bedenken Th. 3. Nr. 131.
Böhmer, princ. jur. canonici lib. 3. sect. 2. tit. 2. §. 352.
Schott, Eherecht §. 150.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 545.
Busch, Rechte geschwächter Frauensperf. S. 396. §. 293. Not. 1 u. 2.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 685.
Schnaubert, Grunds. des Kirchenrechts §. 231.
Schweppe, röm. P.-R. §. 724.
Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2. S. 438.
Richter, Kirchenrecht Th. 2. §. 271.
Mejer, Instit. des Kirchenrechts §. 116.

Andere meinen, diese Ansicht sei wenigstens alsdann vorzuziehen, wenn der die Abschließung der Ehe weigernde Theil dazu durch richterliches Erkenntniß schon verurtheilt worden, die Vollziehung der Ehe aber durch Abwesenheit oder Widerspenstigkeit des Bräutigams, oder durch den eingetretenen Tod eines der beiden Verlobten verhindert worden sei.

Eichmann, Erkl. des bürgerlichen Rechts Th. 2. §. 116b. S. 274.
Pape in Hagemann u. Günther's Archiv Th. 4. Abh. 7.

Andere meinen, den Brautkindern stehe kein Erbrecht in das Vermögen des Vaters zu. Man führt für diese Meinung folgende Gründe an:

1) Rechtmäßige eheliche Kinder seien diejenigen, welche aus einer rechtmäßigen Ehe erzeugt worden. Eine solche ließe sich aber in der protestantischen Kirche ohne priesterliche Trauung, und in der katholischen Kirche ohne Erklärung der Einwilligung vor dem competenten Pfarrer und zwei Zeugen nicht denken, diese Form sei so wesentlich, daß beim Mangel derselben keine Ehe bürgerliche Wirkung haben könne; daher werde keine Rechtmäßigkeit der Geburt, mithin kein Erbrecht der Brautkinder begründet.

2) Die Stellen des römischen und canonischen Rechts (L. 30 D. de reg. jur. L. 24 D. de ritu nupt. 23, 2. cap. 15. 30 u. 32 X. de spons. 4, 1), welche sich auf Verhältnisse bezögen, die heut zu Tage nicht mehr existirten, könnten auch nicht mehr angewendet werden. Die dieser Ansicht entgegengesetzten Stellen (L. 22 C. cit. cap. 12 X. cit.) bewiesen gar nichts, da die Giltigkeit der Ehe durch Zeugen außer Zweifel gesetzt worden sei, mithin auch für die eheliche Geburt habe entschieden werden müssen. Von Brautkindern sei darin keine Rede.

3) Der Gerichtsgebrauch entscheide nur dann, wenn er durch Rechtsgründe unterstützt werde; wenn aber Particularrechte solchen Kindern das Erbrecht zusprechen, so müsse es dabei sein Verbleiben haben. Das Ansehen und die Zahl der Rechtsgelehrten, welche sich für oder gegen erklärt hätten, sei gleich groß und könne nichts entscheiden, wo nur rechtliche Gründe gelten.

Glück, Pand. Bd. 2. S. 114—117.
Glück, Intestaterbfolge S. 595.
Voetius, comm. ad P. lib. 1. tit. 6. §. 10.
Lauterbach, coll. th. pr. P. lib. 23. tit. 2. §. 4.
Günther im Archiv für theor. und prakt. Rechtsgelehrsamkeit Th. 4. Nr. 7. S. 177—227.
Brunnemann, diss. de sponsae partu spurio §. 7 und die das. aufgeführten acht Rechtslehrer.
Böhmer, jus eccles. Prot. lib. 4. tit. 3. §. 50.
Thibaut, System §. 857.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 508. Not. 8.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 1. §. 78.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
Mittermaier, d. P.-R. §. 435. Not. 1.

Andere unterscheiden zwischen den Angehörigen der katholischen und der protestantischen Kirche. Für die letztere könne ein Brautkind nicht als legitim gelten, weil die Bedingung einer giltigen Ehe — kirchliche Trauung und Einsegnung — fehle, und ebensowenig bei den dem Concilio Tridentino unterworfenen Katholiken, wenn nicht der Eheconsens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen, oder falls der competente Pfarrer nicht zu haben sei, wenigstens vor zwei Zeugen erklärt worden. Anders aber wäre in denjenigen katholischen Orten zu entscheiden, wo das Decret der Tridentinischen Kirchenversammlung nicht durch die in dessen cap. 1 a. E. ausdrücklich erforderte Promulgation gesetzliche Kraft erlangt habe. Dort müßten die Brautkinder als legitim gelten, weil nach den früheren Bestimmungen des canonischen Rechts sponsalia de futuro antecedente concubitu cum consensu matrimoniali in sponsalia de praesenti, d. h. in eine wirkliche Ehe verwandelt würden.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 503.
Uehlein im civ. Archiv Bd. 13. S. 121.

Andere meinen, wenn die Eltern förmlich verlobte Brautleute gewesen und die Ehe durch den Tod oder grundlose Weigerung des Bräutigams verhindert worden, so würden den Kindern die Rechte ehelicher von selbst beigelegt, jedoch mit der Beschränkung, daß weder zwischen den Verwandten des Vaters und den Kindern, noch zwischen den Verwandten der Kinder und dem Vater ein Verhältniß eintrete.

Sintenis, Civilrecht I. §. 138. S. 101.
Puchta, Lehrb. §. 455.
Mayer, Erbrecht §. 81.

Andere wollen, wenigstens soviel die Succession in die väterliche Lehen betrifft, den Brautkindern ein Erbrecht nicht gestatten.

Weber, Handb. des Lehnrechts Th. 3. S. 260.
Böhmer, princ. jur. feud. §. 123.
Busch, Rechte der geschwächten Frauensperf. S. 396. §. 293. Not. 1 u. 2.

Präjudiz 1.

Die zweite Tochter des J. F. Kohn ward im Dec. 1788 von P. H. Meyer geschwängert, und sie gab vor, durch Versprechung der Ehe zum Beischlaf verleitet zu sein. Im Juni 1789 vollzog dieselbe mit dem gedachten Meyer unter Einwilligung ihrer Eltern, welche von der Schwangerschaft keine Kenntniß hatten, ein öffentliches Verlöbniß, und der Bräutigam erwirkte kurz darauf vom königl. Consistorio eine Dispensation vom öffentlichen Aufgebot. Am Ende desselben Monats reiste er darauf mit seiner Braut und deren älterer Schwester nach Lüneburg zu seiner, an den dortigen Bürger Rütterbusch verheiratheten Schwester, um sich daselbst trauen zu lassen.

Gleich nach der Ankunft in Lüneburg verfiel er aber in eine hitzige Krankheit, welche mit Verstandeslosigkeit verbunden war und woran er am 12 Juli starb. Durch diesen unerwarteten Todesfall ward also die priesterliche Trauung verhindert.

Das per anticipatum concubitum erzeugte Kind wurde etwa zwei Monat nach des Meyer Tode geboren, und alle Umstände setzten es völlig außer Zweifel, daß derselbe wirklich der Vater des Kindes war.

Namens des Kindes nahm darauf der Großvater desselben mütterlicher Seits, den Nachlaß des verstorbenen Meyer in

Anspruch, weil ein natus ex sponsa pro legitimo zu achten. Der Schwager des Verstorbenen verlangte aber Namens seiner Ehefrau, der einzigen Schwester desselben, da keine legitimen Kinder vorhanden wären, und einem nato ex sponsa die Rechte der legitimen Geburt und die Erbfähigkeit nicht beigelegt seien, den Nachlaß des Verstorbenen. Es kam zu einem Prozesse, welchen das Amt Schnackenburg am 20. Febr. 1790 zum Vortheil des Brautkindes entschied. Auf erfolgte Appellation wurde dieses Erkenntniß in Sachen Rütterbusch c. Kohn von der Just.-Canzlei aus folgenden Gründen bestätigt:

Nachdem die in den hiesigen Landesordnungen zur feierlichen Erklärung des beiderseitigen Eheconsenses vorgeschriebene priesterliche Trauung nicht durch Schuld der öffentlich, mit Bewilligung der Eltern Verlobten unterblieben ist, vielmehr dieselben, durch die Anzeige ihrer Absicht, unverzüglich zu solcher Feierlichkeit schreiten zu wollen, beim königl. Consistorio durch Auswirkung der Dispensation von dem öffentlichen Aufgebot, auch behuf wirklicher Hochzeitsfeier nach Lüneburg angetretene Reise, so viel in ihrer Macht gestanden, die Vorschrift der Landesordnungen also befolgt haben, daß der Zweck der, nicht zu dem Wesentlichen der Ehe, sondern nur zu deren schicklichen Kundmachung erforderlichen priesterlichen Trauung genugsam dadurch erreicht worden;

Solchemnach es dem aus anticipirtem Beischlaf erzeugten Kinde nicht zum Nachtheil gereichen kann, daß der Vater, da er plötzlich durch eine ihn des Verstandes beraubende tödtliche Krankheit hingerissen, an solcher Feierlichkeit verhindert ist;

daß daher des Verklagten und Appellaten Tochterkind, welches ohne diesen widrigen Zufall nach der priesterlichen Trauung geboren sein würde, für ehelich geboren und des verstorbenen Vaters einzigen Erben zu erklären, Kläger und Appellant mit seinen uxorio nomine an den Nachlaß gemachten Ansprüchen abzuweisen sei ꝛc.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Th. 1. Nr. 17.

Präjudiz 2.

Das OAG. Cassel erkannte unterm 12. Mai 1824:

In Erwägung, daß die von dem Querulanten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nur dann begründet sein würde, wenn das angefochtene Erkenntniß mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung im Widerspruch stände, was jedoch nicht der Fall ist, indem die streitige Rechtsfrage: ob den sogenannten Brautkindern als solchen die Rechte der ehelichen Geburt, insbesondere die Erbfähigkeit in Ansehung des väterlichen Nachlasses zukommen, weder durch eine gemeinrechtliche Bestimmung, noch landrechtlich klar entschieden ist. . .

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 8. S. 421.

Präjudiz 3.

Derselbe Gerichtshof erkannte am 1. Aug. 1840:

In Erwägung, daß zwar die streitige Rechtsfrage, in wie fern Brautkinder in das Vermögen ihres Vaters succediren, durch den hessischen Gerichtsgebrauch zu Gunsten der Brautkinder entschieden ist;

daß jedoch nur diejenigen unehelichen Kinder als wirkliche Brautkinder zu betrachten sind, welche zu einer Zeit geboren worden, wo die Mutter bereits verlobt oder sonst in rechtlicher Hinsicht als Braut zu betrachten war;

daß aber in der vorliegenden Klage nur ganz im Allgemeinen behauptet wird, der angebliche Vater des Appellanten sei verurtheilt worden, die Mutter desselben zu heirathen, und aus der sonstigen Darstellung hervorgeht, daß der Appellant damals bereits geboren war. . .

Pfeiffer, prakt Ausf. Th. 8. S. 422.

Präjudiz 4.

In der Rechtsprechung des OAG. zu Darmstadt wurde mehrfach ausgesprochen, daß unter Brautkindern nur diejenigen zu verstehen seien, welche unter vorausgegangenem Eheversprechen erzeugt worden seien, nicht aber solche, welche bereits erzeugt gewesen, bevor das Eheversprechen stattgefunden hat.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 18. Oct. 1845; desgl. vom 29. Oct. 1845.

Uebrigens wird sowohl die Ermangelung des Consenses der Eltern, als der Mangel der Volljährigkeit, des Abschlusses von Ehepacten und der sogenannten weinkäuflichen Copulation, wo die letzteren particularrechtlich nothwendig sind, durch den erfolgten Beischlaf geheilt, und dadurch das heimliche Verlöbniß zu einem giltigen erhoben.

Angef. Erk. vom 29. Oct. 1845.

Auch kommt nichts darauf an, aus welchem Grunde das einmal giltige und klagbare Verlöbniß nachher nicht zum wirklichen Abschlusse der Ehe geführt hat, sei es Tod, oder Untreue, oder Widerspenstigkeit eines der Verlobten, indem hierdurch das Recht des Brautkindes nicht verändert werden kann.

Angef. Erk. vom 18. Oct. 1845.

Die Brautkinder beerben aber, gleich den legitimen Kindern, nicht allein ihren Vater, sondern auch die Verwandten desselben.

Erk. vom 29. Oct. 1845.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 65.

Präjudiz 5.

Die A. erklärte in Gemeinschaft mit dem B. vor dem Kirchenconvente, daß sie unter dem Versprechen der Ehe von demselben geschwängert worden sei. Sie starb darauf während des Kindbettes, B. nahm das Kind zu sich und zugleich auch den in Immobilien bestehenden Nachlaß der A. in Benutzung. Bald darauf starb auch das Kind, und es traten nun die Geschwister der A. gegen die Ansprüche des B. auf, weßhalb dieser auf Anerkennung seines Erbrechtes klagte.

In der letzten Instanz wurde ausgesprochen, daß das Kind ein sogenanntes Brautkind gewesen sei, und daher wie ein legitimes Kind volles Erbrecht in den Nachlaß seines anerkannten Vaters gehabt habe, daß daher dieses Recht auch umgekehrt zu Gunsten des Vaters wirken müsse wegen der Wechselseitigkeit des Erbrechts, das überdies in Bezug auf die filii naturales in Nov. 89. cap. 13 anerkannt sei, und hier analog zur Anwendung komme. Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde diese Ansicht gebilligt.

Urtheil des OAG. zu Darmstadt vom 23. Nov. 1821.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 66.

Präjudiz 6.

Ein Intestaterbrecht nicht legitimirter Brautkinder an dem Nachlaß ihres unehelichen Vaters ist in den Gesetzen nicht begründet, und eben so wenig in der Praxis (des Herzogthums Holstein) anerkannt.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 19. Febr. 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 200.

XIV.

Streitig ist, ob die vollkommen Adoptirten auch den Ascendenten des Adoptivvaters succediren.

Einige verneinen die Frage unbedingt; denn nur ein homo sui juris könne adoptiren; da ein solcher aber keine Agnaten-Ascendenten habe, so könne auch der Adoptirte zu ihnen in kein Rechtsverhältniß treten, L. 26 de adopt. 1, 7. L. 7. L. 10. §. 8 de in jus voc. 2, 4.

Schömann, Fragmente aus seinen civil. u. crim. Vorlesungen S. 131—135.
Sintenis, Civilr. §. 139. Not. 44.
Puchta, Lehrb. der Pand. §. 449.
Francke, Notherbenrecht S. 181.

Andere bejahen die Frage unbedingt; denn es gebe ja allerdings Fälle, wo derjenige, welcher von der väterlichen Gewalt befreit wird, die Agnationsrechte gegen seine Ascendenten, wie gegen die übrigen Mitglieder der väterlichen Familie behalte: nämlich wenn er unter Vorbehalt der Familienrechte emancipirt werde, oder durch eine Würde die Befreiung von der väterlichen Gewalt erlange, oder zur Strafe des Vaters ipso jure von der väterlichen Gewalt befreit werde, L. 11 C. de legit. hered. 6, 58 und Nov. 81. c. 2 in Verbindung mit L. 23 de adopt. 1, 7. L. 11. §. 2 de b. p. s. t. 37, 11. L. 10. §. 5 C. de adopt. 8, 48.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 412. Not. 1.
Thibaut, System §. 857.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
Braun, Dictate zu Thibaut §. 491.
Thibaut, civil. Abh. S. 303.
Löhr, Magazin Bd. 4. H. 1. S. 134.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 433.

Andere erfordern, daß die Ascendenten des Adoptirenden in die Adoption wenigstens eingewilligt haben müßten, um ein Intestaterbrecht des Adoptirten gegen die Ascendenten des Adoptivvaters eintreten zu lassen, §. 7 Inst. de adopt. 1, 11. §. 4 Inst. quib. mod. jus pot. solv. 1, 12.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 686.
Koch, success. ab intest. §. 66.
Höpfner, Institut. §. 689.

Präjudiz 1.

Ein Bescheid des OAG. zu Wolfenbüttel vom 28. Mai 1841, in S. von Klitzing c. Steuerdirection, spricht aus:

. . . wird mitgetheilt und,
da das Adoptivkind seinen Adoptiveltern als suus heres succedirt,
L. 10. §. 1 C. de adopt. 8, 48.
§. 2 u. §. 14 Inst. de hered. quae ab intest. 3, 1.
dasselbe namentlich von liberis minus plene adoptatis gilt,
L. 10. §. 1 C. cit.
ferner es nicht zweifelhaft ist, daß unter den in der Nov. 118. c. 1 als in der ersten Klasse succedirend namhaft gemachten Descendenten auch die Adoptivkinder begriffen sind, und daher die Vorschrift des §. 7 der landesherrlichen Verordnung v. 29. Oct. 1821 die Stempelsteuer betr. auf Adoptivkinder nicht allein in dieser Beziehung, sondern auch in der Hinsicht zur Anwendung zu bringen ist, daß auf selbige als heredes sui die Erbschaft vermöge fingirter Personeneinheit ipso jure übergeht,
L. 7. §. 1 D. de acquir. vel amitt. hered. 29, 2.
§. 3 Inst. de hered. quae ab int. 3, 1.
dem im vorliegenden Falle auch nicht entgegensteht, weder die nachherige Verheirathung der Klägerin, da in Folge davon ihr Verhältniß als Adoptivtochter des Schatzraths von Plessen um so weniger aufgehoben ist, als sie als minus plene adoptata überall nicht in der väterlichen Gewalt ihres Adoptivvaters sich befand, durch die Verheirathung mithin dieses Verhältniß nicht erst aufgehoben werden konnte, noch auch die nachherige Errichtung des Testaments von Seiten des Schatzraths von Plessen, da, wenngleich demselben in der Hinsicht, daß die in Frage seiende adoptio eine minus plena war, es wohl zugestanden hätte, durch Errichtung eines Testaments die Folgen dieser Adoption zu beseitigen, in dem vorliegenden Testamente das Verhältniß mit seinen Folgen nicht allein anerkannt, sondern auch bestätigt ist,
so wird rc.

Präjudiz 2.

Ein Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 14. Jan. 1840 sprach sich über das Intestaterbrecht der Adoptivkinder aus:

. . . Wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß der Ursprung des Worts „Descendenten“ auf eine Beschränkung desselben auf natürliche Abkömmlinge hinweiset, so ist doch der Sprachgebrauch der Juristen gerade in Beziehung auf die Erbfolge einer solchen Beschränkung entgegen. — Die Nov. 118 erwähnt bei ihren Bestimmungen über die Intestaterbfolge, der Adoptivkinder nicht, und es ist deshalb von den Glossatoren sogar die Frage aufgeworfen, ob nicht deren Erbfolge durch jenes Gesetz aufgehoben sei, diese Frage indessen verneint. Ohne nun gerade anzunehmen, daß schon der Gesetzgeber der Nov. 118 unter seinem im ersten Capitel so oft vorkommenden Ausdrucke „descendentes“ die Adoptivkinder ausdrücklich mit habe bezeichnen wollen, so ist doch soviel gewiß, daß man später, wenn man von den Klassen der Intestaterbfolge, und darunter von der Klasse der Descendenten gesprochen, unter letzterem Ausdrucke auch die Adoptivkinder mit begriffen hat. Die gewöhnlichsten Lehrbücher weisen eine solche Terminologie nach.

XV.

Streitig ist, ob der arrogatus oder plene adoptatus neben dem Erbrechte, welches er in das Vermögen seines Adoptivvaters erlangt hat, auch noch das Erbrecht in seiner leiblichen Familie behalte.

Einige meinen, daß heut zu Tage auch nach der Nov. 118 der plene adoptatus vollkommenes Erbrecht in der leiblichen Familie habe, und also seinen leiblichen Vater eben so wie andere Descendenten in der ersten Klasse beerbe. Man stützt diese Ansicht auf folgende Gründe:

1) Nach dem früheren Rechte gehörte der in Adoption Gegebene zwar nicht zu den liberi seines leiblichen Vaters, wohl aber zu den cognatischen Descendenten, und succedirte als solcher in der Klasse unde cognati. Nun verordnete aber Justinian in der Nov. 118. c. 1 u. 4, daß sämmtliche agnatische und cognatische Descendenten in der ersten Klasse erben, und kein Vorzug der Agnaten vor den Cognaten mehr stattfinden solle, woraus folge, daß auch der in adoptionem datus zusammen mit den übrigen Descendenten succediren solle.

2) Es sei in §. 2 Inst. de SC. Orphit. L. 11 D. de suis et legit. 38, 16 ausgesprochen: dem Rechte der durch neue Gesetze zur Erbfolge berufenen Personen solle keine capitis deminutio schaden; folglich stehe auch den nach der Nov. 118 berechtigten Personen die datio in adoptionem nicht im Wege.

3) Wenn nun in der Nov. 118 agnatische und cognatische Descendenten ohne Unterschied in der ersten Klasse berufen würden, und doch den in Adoption gegebenen Kindern die Eigenschaft der Descendenten nicht streitig gemacht werden könne, wenn ferner in der Nov. als entscheidendes Prinzip für die Intestaterbfolge die Blutsverwandtschaft und die Nähe des Grades im Gegensatz zu dem der civilrechtlichen Verwandtschaft aufgestellt und durchgeführt sei, so daß es mit andern Worten keinen eigentlichen ordo unde liberi und legitimi in der bisherigen Bedeutung mehr geben solle, so könne ein Ausschluß der in Adoption gegebenen oder der emancipirten arrogirten Kinder von der Beerbung des leiblichen Vaters nur aus künstlichen Consequenzen und eventuell solchen vereinzelten Sätzen des älteren römischen Rechts abgeleitet werden, welche das generalisirende und nivellirende Streben Justinian's zwar nicht dem Buchstaben, wohl aber dem Sinne nach, treffe.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 412. Not. 1.
Sintenis, Civilr. §. 139. Not. 55.
Roßhirt, Erbrecht S. 159.
Thibaut, civ. Abh. S. 115.
Mayer, Erbrecht §. 82.
Büchel, Streitfragen S. 18—80.
Löhr in Hagemann und Günther's Archiv für die Rechtsgel. V. 9.
Recension dieser Abhandlung in den Heidelberger Jahrb. Jahrg. 1819. S. 768—772.
Schmitt, die Lehre von der Adoption §. 58.
Koch, succ. ab int. §. 40.
Thibaut, System §. 433.

Mackeldey, Lehrb. §. 616.
Höpfner, Institut. §. 689.
Braun, Dictate zu §. 682.

Andere meinen, in der L. 10 C. de adopt. sei mit Ausnahme des Falls einer von einem Ascendenten geschehenen Adoption, die Verneinung der Frage klar ausgesprochen; nur sei nicht leicht der Einfluß zu bestimmen, welchen Justinian's Neuerungen auf die L. 10 cit. gehabt haben. Die Folgerungen, welche die Gegner aus der Nov. 118 schöpften, seien jedoch unrichtig. Man behaupte nämlich: da die Adoption nicht das Cognationsverhältniß vernichte, auch eine neue Rechtsregel (in Nov. 118. c. 1 u. 4) für alle Fälle gelten müsse, die mit Consequenz darunter subsumirt werden könnten, so folge von selbst, daß ein plene adoptatus nicht bloß gegen den Adoptivvater, sondern auch gegen den leiblichen Vater Intestaterbrecht habe.

Wenn nun auch die Vordersätze richtig seien, so seien doch die Folgerungen daraus unrichtig. Die Regel: lex specialis derogat generaliori, wonach nicht die neben der älteren Rechtsregel gegoltenen besonderen Bestimmungen oder Ausnahmsfälle von der neuen Rechtsregel ergriffen werden, sondern nur die einzelnen Anwendungen der älteren Regel, mit andern Worten, die unter diese, wie die species unter den Gattungsbegriff, zu subsumirenden Fälle (Thibaut, civ. Abh. S. 121), passe genau hierher. Wäre der Satz: adoptio tam diu nocet, quam diu durat, eine bloße Folgerung daraus, daß nur Agnation Erbrechte gebe, so würde die Anwendung, welche die Gegner auf den Fragefall machten, zugegeben werden müssen. Allein gerade umgekehrt liege in jenem Satze die Einschränkung einer Regel des prätorischen Rechts, welches den bloß cognatischen Descendenten Kindeserbrechte (b. p. c. t. u. ex edicto unde liberi) so gut zugestehe als den suis. Auf dieses Erbrecht sollten nun diejenigen Descendenten keinen Anspruch machen dürfen, welche schon Kindeserbrechte in einer andern Familie hätten. Bestehe diese Einschränkung neben der früheren Regel über cognatisches Erbrecht unbeschadet der Consequenz, so müsse sie auch mit den Vorschriften der Nov. 118 verträglich sein. Dies Gesetz erhebe das cognatische Prinzip, wodurch das Suitäts- und Agnationssystem ohnehin schon großentheils verdrängt gewesen, zur allgemeinen Regel. Für die Klasse der Descendenten sei kaum noch etwas zu ergänzen übrig geblieben, indem der Grundsatz, daß zwischen agnatischen und cognatischen Descendenten kein Unterschied weiter bestehe, längst schon ausgesprochen gewesen sei. (L. 12 C. de suis et legit. 6, 55. Nov. 18. c. 4. Glück, Intestaterbfolge §. 109.) Nur wenig Spuren des alten Rechts seien hier noch übrig geblieben; zu diesen dürfe man aber den Grundsatz: die Adoption vernichtet Kindesrechte, so lange sie besteht, gewiß nicht rechnen. Denn er sei ja überall nicht daraus hervorgegangen, daß ursprünglich nur agnatische Verwandte erben dürften, und würde ohne Zweifel auch aufgekommen sein, wenn schon die Prätoren so allgemein, wie es von Justinian geschehen, das Cognationsprinzip zur Grundlage der Intestaterbfolge gemacht hätten. Wollte daher Justinian sein Cognationssystem so unbedingt geltend machen, daß alle und jede Ausnahmen ausgeschlossen blieben, so habe man hierüber doch wohl einen bestimmten Ausspruch erwarten dürfen. Eine Veranlassung hierzu habe Justinian schon die erst im Jahre 531 erlassene L. 10 C. de adopt. darbieten müssen, worin er selbst ja den Grundsatz: man solle nicht Kindesrechte gegen zwei Väter üben, — sogar viel ausnahmsloser, wie er bisher gegolten, — ausgesprochen habe. Wollte man aber bloß deshalb, weil das Gesetz die in fremder Gewalt befindlichen Kinder nicht ausdrücklich ausnehme, von keiner Ausnahme etwas wissen, so dürfe man auch den arrogirten und vollständig adoptirten Kindern kein Erbrecht an dem Vermögen ihres Adoptivvaters gestatten, weil ja das Gesetz (Nov. 118) der Adoptivkinder überall nicht erwähne.

Die Gegner legten auch noch Gewicht auf den Grund: dem Rechte der durch neue Gesetze zur Erbfolge berufenen Personen solle keine capitis deminutio schaden; folglich stehe auch den nach Nov. 118 berechtigten Personen die datio in adoptionem nicht im Wege. Allein die vollständige Widerlegung dieses Grundes sei schon im Obigen enthalten. Nicht der Verlust des Familienrechts oder die erlittene capitis deminutio sei die Ursache gewesen, weshalb die Adoptirten auch zur prätorischen Succession nicht gelassen worden (denn sonst hätten ja Emancipirte und aus der Adoption Entlassene ebenfalls nicht erben dürfen), sondern die Ausschließung habe auf eigenthümlichen Gründen beruht, welche eben so gut neben dem ausgedehnteren Cognationsprinzipe des neuern Rechts bestehen könnten, wie sie neben dem des prätorischen Rechts bestanden hätten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 174 f.
Mühlenbruch, Pand. §. 632.
Hunger, röm. Erbr. S. 407.

Andere meinen, der vollkommen Adoptirte habe zwar kein Erbrecht gegen den leiblichen Vater in der ersten Klasse, wohl aber in der vierten Klasse. Für diese Ansicht werden nicht weniger als vierzehn Gründe angeführt. Es wird unter Anderem nachgewiesen, daß nach dem Recht des Codex, L. 10 C. pr. de adopt., womit das frühere Recht übereinstimme, der Adoptirte nur zum Adoptivvater, nicht zum leiblichen in Kindesverhältnissen stehe; der pater lege sei an die Stelle des pater natura getreten. Man habe zwar eine Pandektenstelle für widersprechend gehalten, nach welcher das Verbot der in jus vocatio auch gegenüber dem leiblichen Vater gelten solle; allein für diesen Fall wirke manches Kindesverhältniß, welches sonst keine rechtliche Bedeutung habe. Die bedeutendste, gewöhnlich übersehene Stelle sei die L. 1. §. 12 D. de ventr. in poss. mitt. 37, 9, welche folgenden Fall behandle: ein in Adoption gegebener und darin verstorbener Sohn hat ein Kind während der Adoption erzeugt, dieses beerbt seinen leiblichen Vater wie ein emancipatus. Wegen dieser Entscheidung könnte man denken, der Sohn würde auch geerbt haben, nach der Regel: ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili. Dieser Schluß sei aber falsch, wie wir denn auch eine ausdrückliche Belehrung bei Gajus (Gaj. lib. III. §. 31) fänden, wo gesagt werde: daß

die Kinder in adoptiva familia den leiblichen Vater nur in der Klasse der Cognaten beerben. Namentlich auch daraus, daß die in adoptionem dati nicht in der Klasse unde liberi succedirt hätten, gehe hervor, daß man sie gar nicht als Descendenten ihres leiblichen Vaters angesehen habe, und deshalb könnten sie auch nicht nach Nov. 118 in der ersten Klasse erben, indem durch dieses Gesetz nicht neue Verwandtschaftsbegriffe aufgestellt, sondern nur die Successions ordnung bestimmt werde. Der Grundsatz, daß Niemand gleichzeitig zwei Väter haben solle, stehe mit den Prinzipien der Nov. 118 gar nicht in Conflict.

Löhr im Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb. Bd. 3. S. 397—406.
Puchta, Lehrb. §. 447.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 308.

Hiergegen siehe die Widerlegungen dieser Ansicht in Heidelberger Jahrb. v. 1819 S. 769 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 412. Not. 1
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5 S. 687.
Büchel, civilr. Erörterungen Bd. 2
Derselbe, Streitfragen aus der Nov. 118 S. 41 u. 51 f.

XVI.

Streitig ist, ob Enkel von verschiedenen Kindern, wenn sie allein vorhanden sind, unter sich nach Köpfen oder nach Stämmen erben.

Einige meinen, dergleichen Enkel erben nach Köpfen, weil Justinian in der Nov. 118 ausdrücklich sage: in hoc enim ordine gradum requiri nolumus, sed ut cum filiis et filiabus nepotes ex praemortuo filio vel filia vocentur, sancimus; hiernach sei anzunehmen, daß Enkel nach Köpfen erben, wenn nicht Söhne oder Töchter mit ihnen concurrirten.

v. Cramer in den akadem. Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre Bd. 2. Tit. 30. §. 6.
Pfeiffer, diss. de success. descend. legit. civ.
de Senckenberg in medit. maximam in pert. juridic. med. 3. pag. 95.

Andere meinen, dieser Ansicht stehe die klare Stelle in Nov. 118 cap. 1 entgegen, wo sich die allgemeine Vorschrift finde, daß die Enkel in die Stelle ihres Vaters oder ihrer Mutter eintreten, und den Theil von der Erbschaft des Verstorbenen erhalten sollen, den ihr Vater oder ihre Mutter bekommen hätten, wenn sie noch lebten. Wollte man nun die von den Gegnern hervorgehobene Stelle der Nov. 118 bloß auf den Fall einschränken, wenn Enkel mit Kindern concurrirten, und also in dem Falle, wenn Kinder allein vorhanden wären, eine successio in capita annehmen, so würde Justinian die Vorschrift der L. 2 C. de suis et legit. aufgehoben haben müssen. Davon finde sich aber in der Nov. 118 keine Spur, und lasse sich auch im Zweifel nicht vermuthen, weil sonst das Gesetz mit sich selbst im Widerspruche sein würde.

Glück, Intestaterbfolge §. 161.
Mackeldey, Lehrb. §. 622.
v. Vangerow, Pand. §. 415.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 506.

XVII.

Streitig ist, aus welchem Grunde die Enkel ihre Großeltern beerben.

Einige meinen, die Enkel müßten ebenso, wie verstorbener Geschwister Kinder, ex loco parentum, quem subeunt, die Großeltern ab intestato beerben, und beruhe deshalb ihr Erbrecht auf einem Repräsentationsrechte. Denn, sagt man, wie hätte wohl Justinian sich unzweideutiger erklären können, als es in den Worten der Nov. 118. cap. 1 geschehen sei: nepotes in proprii parentis locum succedere? und sollte nicht das Privilegium des ins Unendliche gehenden Repräsentationsrechts der Descendenten gerade darin liegen, daß in der ersten Successionsklasse der nähere Grad nie den entferntern ausschließt? Denn was sei jenes Recht anders, als das Recht, in die Stelle eines zuvor verstorbenen Ascendenten einzurücken?

Voet, Comment ad P. lib. 38. tit 17. §. 5.
Koch, success. ab intest §. 22.
Walch, introduct. in contr. jur. civ. sect. 2. c. 4. membr. 5. §. 7 u. 8.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1415 u. 1421.
Mackeldey, Lehrb. §. 619.
Höpfner, Instit. §. 682.

Andere machen einen Unterschied zwischen der Repräsentation in Rücksicht des Grades und der Repräsentation in Rücksicht der Person, und behaupten, daß die Enkel bei der Erbfolge ihrer Großeltern ihre Eltern zwar nicht in Ansehung der Person, aber doch in Rücksicht des Grades repräsentirten. Denn unmöglich könne alle Repräsentation bei der Erbfolge der Enkel ausgeschlossen werden, weil sie ja nach Stämmen succedirten, welches eine Folge der Repräsentation sei.

Ant. Faber in Cod. defin. for. lib. 2. tit. 3. def. 1. Nro. 1 u. def. 14. Nro. 28.
Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 11. def. 33. Nro. 8.
H. Cocceji, diss. de success. nepot. sect. 1. §. 8.

Andere meinen, daß die Enkel, Urenkel u. s. w. aus einem eigenen Rechte succedirten, d. h. sie hätten, um ihre Großeltern beerben zu können, nicht nöthig, in das Recht und die Stelle ihrer verstorbenen Eltern einzutreten, sondern verdankten ihr Erbrecht den Gesetzen, von welchen sie unmittelbar zur Erbfolge berufen würden. Man beruft sich auf die Stellen des römischen Rechts, wo gesagt wird, daß die Enkel schon vom Gesetz zur großelterlichen Erbschaft berufen werden, und zwar die Enkel von Söhnen schon durch das Gesetz der zwölf Tafeln, die von Töchtern aber durch die Verordnung von Kaisern, §. 15 Inst. de heredit. quae ab intest. L. 3 C. de suis et legit. L. 220 pr. D. de verb. sign. Der Ausdruck in der Nov. 118 „in parentis sui locum succedunt" bedeute nun, daß in der Klasse der Descendenten durchaus die sogenannte Stammtheilung, successio in stirpes, gelten solle, gerade wie sie nach altem Civilrechte unter den sui heredes, nach prätorischem Rechte unter den liberi stattgefunden hatte.

Höpfner, Institut. §. 682.
Ludolff, syst. Entwickl. der Lehre von der Intestaterbf. §. 35. S. 129.
und die in Glück's Intestaterbf. S. 84. Not. 84 zahlreich allegirten Schriftsteller.
Francke, Beiträge I. S. 176.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 684.

Im Uebrigen s. Repräsentationsrecht c. 1 u. 2.

XVIII.

Sind Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden, so erben, mit Ausschließung der Stiefkinder, nur diejenigen Kinder allein, welche von dem verstorbenen Ascendenten abstammen. Dabei ist zu bemerken, daß die Kinder der ersteren Ehe dasjenige Vermögen zum Voraus bekommen, welches der verstorbene gemeinschaftliche Ascendent von seinem verstorbenen ersten Gatten geerbt oder sonst durch dessen Freigebigkeit erhalten, und wovon derselbe durch seine zweite Verheirathung schon bei seinem Leben das Eigenthum verloren hatte. Sie erhalten jedoch diese Güter, nicht sowohl als Erben des verstorbenen parens, jure successionis, sondern sie behalten vielmehr dieselben jure consolidationis als Eigenthümer. L. 3 C. de secundis nupt.

Glück, Intestaterbf. §. 154.

Zu dem, was die Kinder der ersten Ehe zum Voraus erhalten, gehört auch dasjenige, was der verstorbene parens von einem Kinde erster Ehe zugleich mit den übrigen Geschwistern desselben ab intestato geerbt und woran der Verstorbene durch den Uebergang zur zweiten Ehe die Proprietät in dem Falle verloren hatte, wo das Vermögen des beerbten Kindes von dem zuerst verstorbenen parens herrührte.

Streitig ist nun, ob diese Vorschrift bloß auf die Mutter einzuschränken sei. Nov. 22. cap. 46.

Einige behaupten dies, weil das Gesetz bloß von der Mutter rede.

Fachinaeus in controv. jur. lib. 3. cap. 64.

Andere, mit der Praxis, wenden diese Vorschrift wegen Gleichheit des Grundes auch auf den Vater an, zumal Justinian in der Nov. 22. c. 47 darum des Vaters nicht gedenken konnte, weil derselbe damals noch kein Intestaterbrecht mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes hatte, welches ihm erst durch die Nov. 118 gegeben sei.

Sarde, decis. lib. 3. tit. 3. def. 2.
Gail, obs. lib. 2. obs. 98. Nro. 3.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 514.
Koch, success. ab intest. §. 24.
Glück, Intestaterbf. §. 154.

Andere meinen, diese Verordnungen seien durch das canonische Recht, cap. 4. §. 5 X. de sec. nupt., aufgehoben.

Wiestner, Inst. can. lib. 4. tit. 21. Nro. 45

Andere meinen, die Verordnungen beständen auch heut zu Tage noch.

Leyser, sp. 300. med. 3.
Böhmer, Rechtsf. Bd. 2. Nr. 105.
Glück, Intestaterbf. §. 154.

Andere wollen diese Vorschriften sogar auf die statutarische Portion des in der zweiten Ehe verstorbenen Ascendenten anwenden.

Leyser, sp. 300. med. 6.
Pufendorf, obs. 23.

Siehe hiergegen

Glück, Intestaterbf. §. 155.

B. Zweite Klasse.

I.

Die leibliche Mutter succedirt ihrem Kinde stets, dasselbe mag arrogirt oder von einem Ascendenten adoptirt oder minus plene adoptirt sein.

Streitig ist aber, in wie fern dem leiblichen Vater mit den Adoptiveltern ein Intestaterbrecht in das Vermögen des adoptirten Kindes zustehe.

Einige meinen, der leibliche Vater schließe den Adoptivvater des plene adoptirten Kindes aus. Denn nach L. 10 C. de adoption. 8. 48 müsse man von dem Grundsatze ausgehen: Adoptivverwandtschaft werde gar nicht mehr im Erbrecht berücksichtigt, und die Nov. 118 spreche nur den natürlichen Verwandten ein Erbrecht zu.

Löhr in Hagemann und Günther's Archiv für die theoretische u. prakt. Rechtsgelehrs. Bd. 5. Nr. 9. §. 21. S. 194 f.

Andere meinen, jene Ansicht sei zu verwerfen, weil Adoption Verwandtschaftsverhältnisse, so lange sie bestehe, bewirke und der natürlichen Verwandtschaft gleich gelte, L. 23 D. de adopt. 1. 7. Vielmehr müsse der Adoptivvater mit Ausschluß des leiblichen Vaters das Adoptivkind beerben. Denn es sei doch gewiß natürlicher, anzunehmen, daß der Adoptivvater an die Stelle des leiblichen Vaters trete, als daß zwei Väter neben einander erbten. So sei es auch von jeher im alten Rechte gewesen; nur Einer habe die Rechte des Vaters ausgeübt, und zwar, wie sich von selbst verstehe, der Adoptivvater, arg. L. 1. §. 2 D. si a parente quis manumissus 37, 12. Nirgends sei dieser Gesichtspunkt geändert, und mit den Bestimmungen der Nov. 118 stehe er nicht im Widerspruche; denn so wie die Regel, nach welcher die natürliche Verwandtschaft das Grundprinzip der Intestaterbfolge sei, sich dennoch mit der Begründung des Erbrechts durch Adoption sehr wohl vertrage, so könne neben ihr das alte Recht in dem Punkte bestehen, daß durch Adoption und während der Dauer derselben Kindesverhältnisse mit den davon abhängigen Rechten in der einen Familie aufgehoben, in der andern wieder begründet würden. Diese Grundsätze seien auch auf Arrogation anzuwenden. Denn da das Erbrecht des parens manumissor den Vorschriften der Nov. 118 überhaupt nicht mehr entspreche, so könne der allein darauf beruhende Vorzug des leiblichen Vaters vor dem pater arrogator (L. 1. §. 2 D. si a parente quis manumiss. 37, 12) ebenfalls nicht weiter stattfinden, sondern lediglich das durch Arrogation erworbene vollständige Vaterrecht entscheiden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 226.

Andere und zwar die Meisten nehmen an, daß neben dem leiblichen Vater zugleich der Adoptivvater erbe. Denn gleich wie nach der Nov. 118 ein adoptirtes oder arrogirtes Kind seinem leiblichen Vater ab intestato succedire, so müsse auch diesem in Ansehung des adoptirten Kindes um so mehr ein gegenseitiges Erbrecht zustehen, als der Vater in der Nov. 118 mit der Mutter ein gleiches Successionsrecht erhalten habe. Das doppelte Erbrecht, für den Adoptiv- wie für den leib-

lichen Vater stütze sich auf ihr Verhältniß als cognatische Ascendenten, so daß beide, wie früher unde cognati, so nach Nov. 118 in die zweite Klasse neben einander zu stellen seien.

Glück, Intestaterbfolge §. 166.
Stryk, de succ. ab iotest. diss. 2. cap. 1. §. 36.
Koch, success. ab iotest. §. 65 u. 66.
Hofacker, prioc. jur. civ. §. 1422.
Schmitt, Lehre von der Adoption §. 60.
Roßhirt, Erbrecht S. 320.
Francke, Notherbenrecht S. 188.
Büchel, Streitfragen S. 64.
v. Vangerow, Pand. §. 412. Not. 1. Nr. 4.
Thibaut, System §. 860.
Sintenis, Civilrecht §. 139. Not. 55.

II.

In der zweiten Klasse erben vollbürtige Geschwister mit den Ascendenten des Erblassers.

Streitig ist aber, ob nicht auch halbbürtige Geschwister alsdann, wenn sie mit dem Verstorbenen den überlebenden Ascendenten zum gemeinschaftlichen Vater oder Mutter haben, in der zweiten Klasse erben*).

Einige meinen, in dem vorgestellten Falle werde A von B zugleich mit D beerbt, weil D mit dem verstorbenen A den B zum gemeinschaftlichen Vater habe; wenn dagegen A bloß seine leibliche Mutter C und den Halbbruder D nachgelassen hätte, so erbe die C allein und schließe ihren Stiefsohn D aus. Man schließt dieses aus den Worten des griechischen Textes der Nov. 118. c. 2, indem *ἐξ ἑκατέρου γονέως* nur per alterutrum parentem übersetzt werden könnte, da *ἑκάτερος* so viel als alteruter bedeute, z. B. Thucydides lib. 1.

Val. Forster, de herad. quae ab iot. lib. 7. c. 8.
Berlich in coocius. practicabil. P. 3. concl. 23.
Dionys. Gothufredus in not. ad cap. 2. Nov. 118.

Andere meinen, wenn auch öfters *ἑκάτερος* soviel als alteruter bedeute, so könne es doch in dieser Bedeutung deshalb schlechterdings nicht gebraucht werden, weil in der Nov. 118 denjenigen Geschwistern, welchen ein gleiches Intestaterbrecht mit den Ascendenten ertheilt worden, ausdrücklich entgegengesetzt werde: *ἀδελφοί, οἵτινες ἐξ ἑνὸς γονέως συνάπτονται τῷ τελευτήσαντι*, d. h. fratres per unum parentem juncti defuncto. Ja, damit nicht der geringste Zweifel übrig sei, so sage Justinian im Anfange des cap. 3 ganz deutlich: Quamobrem, si defunctus neque descendentes neque ascendentes relinquat, primo ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et eadem matre natos, quos etiam cum parentibus ad hereditatem vocavimus. Noch einen Beweis gebe Nov. 127. c. 1. Denn indem Justinian daselbst verordne, daß die Kinder eines verstorbenen Bruders auch in dem Falle erben sollen, wo mit den Brüdern des Erblassers auch Ascendenten zur Erbfolge gerufen werden, setze er hinzu, daß dieses nur von solchen Bruders-Kindern zu verstehen sei, deren Vater vollbürtig mit dem Verstorbenen verwandt sei.

Glück, Intestaterbfolge §. 167.
Rotgersius, Colom. cap. 10. §. 6.
Sintenis, Civilr. §. 163. Not. 10.

III.

In der zweiten Klasse erben neben vollbürtigen Geschwistern die Ascendenten.

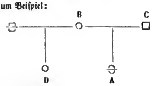
Streitig ist aber, ob nur die Eltern oder ob auch die Großeltern neben den Geschwistern succediren.

Einige meinen, nur die Eltern, also Ascendenten ersten Grades seien mit den Geschwistern zur Intestaterbfolge berufen, die Großeltern aber würden von den vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen. Dies folge aus dem Texte der Nov. 118. c. 2. indem die Worte: *μετὰ τῶν ἐγγυτέρων τῷ βαθμῷ ἀνιόντων κληθήσονται*, welche nach Hombergk so übersetzt werden müßten: „cum ascendentibus gradu propinquioribus vocabuntur", einzig die Deutung zuließen, daß neben den Geschwistern nur die Ascendenten ersten Grades zur Succession berufen seien.

Zoesios, Comm. ad D. lib. 38. tit. 16. Nro. 31a.
Voet, Comm. ad P. T. II. ad SC. Tertull. §. 13.
Accursius, Jacobus de Belviso ad Nov. 118. c. 2. vers. Si vero etc.

Andere meinen, daß in Ansehung der Ascendenten kein Unterschied zu machen sei, folglich die Großeltern so gut wie die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen erben müßten. Daß die Großeltern von den Geschwistern des Erblassers nicht ausgeschlossen werden können, bewiesen die Worte: quamvis pater aut mater sint, welche auf die vorhergehenden Worte: cum ascendentibus gradu propioquioribus die genaueste Beziehung hätten. Diese zeigten an, daß hier nicht bloß von ascendentibus primi gradus die Rede sei, weil sie sonst ganz ohne Sinn sein würden. Noch deutlicher erhelle dies aus den Anfangsworten des cap. 2, wo Justinian ausdrücklich sage, daß, wenn der Verstorbene Eltern, oder auch entferntere Ascendenten, — denn diese würden unstreitig unter den aliive parentes verstanden, — hinterlassen hätte, diese allen Seitenverwandten, nur die leiblichen Geschwister des Verstorbenen ausgenommen, bei der Erbfolge vorgehen sollten, zum offenbaren Beweise, daß die vollbürtigen Geschwister mit den Großeltern so gut wie mit den Eltern erbten. Ein Hauptgrund liege endlich in den Worten: Nulla quoque differentia inter alias personas observetur, an feminae an masculi sint, qui ad hereditatem vocantur, an per masculum an per feminam conjungantur, an sui juris, an sub potestate fuerint, cui succedunt. Hier sei es offenbar, daß die Worte: *εἴτε διʼ ἄῤῥενος ἢ θήλεος προσώπου συνάπτονται*, i. e. so per masculum so per feminam conjungantur, nicht auf die vollbürtigen Brüder des Verstorbenen gehen könnten, da selbige von Seiten beider Eltern mit dem Verstorbenen verwandt

*) Zum Beispiel:



seien; auch nicht auf Vater und Mutter, von denen der Verstorbene unmittelbar abstamme; sie müßten sich also nothwendig auf die Großeltern und andere entferntere Personen beziehen.

Rotgersius, Comm. cap. 10. §. 32—50.
Glück, Intestaterbf. §. 167.
Sintenis, Civilr. §. 163. Not. 10.
Pufendorf, obs. 139.
Huber, praelect. ad Inst. tit. de success. ab int. § 10. p. 335.

IV.

In der zweiten Klasse werden auch die Söhne und Töchter von verstorbenen Geschwistern berufen; solche Neffen sollen auch dann succediren, wenn sie mit vollbürtigen Geschwistern zusammentreffen.

Streitig ist aber, ob sie auch dann in der zweiten Klasse erben, wenn der Verstorbene nur Ascendenten und Geschwisterkinder nachläßt, wenn also Geschwisterkinder mit Ascendenten zusammentreffen.

Einige meinen, daß nach den Gesetzen diese Frage verneint werden müsse. Denn nachdem Justinian durch Nov. 118 die Geschwisterkinder in der zweiten Klasse ganz ausgeschlossen hätte, habe er in Nov. 127. c. 1 diese allgemeine Verordnung nicht etwa ganz aufgehoben, sondern ausdrücklich nur in dem Falle abgeändert, wenn außer den Ascendenten, mit welchen die Geschwisterkinder concurrirten, auch vollbürtige Geschwister des Verstorbenen vorhanden seien. Für den anderen Fall aber, wenn bloß Ascendenten und Neffen vorhanden seien, verfüge Justinian hier nichts, und man müsse deshalb theoretisch offenbar sagen, es bleibe für diesen Fall bei dem bestimmten Ausspruch der Nov. 118, nämlich daß Neffen in Concurrenz mit Ascendenten nicht zur Succession kommen sollten. Denn so wahr es auch sei, daß die Consequenz eine andere Entscheidung verlange, und so wahrscheinlich es ferner sei, daß Justinian, wenn er an diesen Fall gedacht hätte, ihn ebenfalls zu Gunsten der Neffen entschieden haben würde, so sei doch Analogie bei correctorischen Gesetzen unanwendbar. Der Theorie nach müssen also auch noch nach neuestem römischen Rechte dann, wenn Ascendenten und vollbürtige Geschwisterkinder, nicht aber Geschwister vorhanden seien, fünf Klassen gebildet werden, in der Art, daß in der zweiten Klasse Ascendenten und vollbürtige Geschwister, in der dritten die vollbürtigen Neffen, in der vierten die Halbgeschwister u. s. w. gerufen würden.

Jedoch auch die Vertheidiger dieser Theorie nehmen an, daß eine constante Praxis allgemein Neffen zur Succession berufen habe, wenn sie bloß mit Ascendenten concurrirten.

Glück, Intestaterbf. §. 168.
v. Vangerow, Pand. §. 416.
Holzschuher, Bd. 2. Abth. 1. S. 512 u. 513.
Sintenis, Civilr. §. 163. Not. 11.
Braun, Dictate zu §. 685.
Thibaut, System § 860.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 692.
und die bei Glück, Intestaterbf. §. 168. Not. 37 zahlreich genannten Schriftsteller.

Andere meinen, die Praxis, wonach Geschwisterkinder mit Ascendenten zur Intestaterbfolge berufen würden, lasse sich auch theoretisch rechtfertigen. Denn wenn auch die Regel gelte, daß ein correctorisches Gesetz strict zu interpretiren sei, so sei diese Regel doch, in dieser Aeußerlichkeit, eben ganz falsch, und man müsse dem Gesetzgeber ohne Noth weder bei einem correctorischen noch bei einem andern Gesetze Sinnlosigkeit zutrauen.

Puchta, Vorlesungen II. S. 316.
Roßhirt, Einleit. in das Erbrecht S. 349.
Hunger, Erbrecht S. 417 f.

Andere meinen, nach Nov. 118. c. 3 succedirten Geschwisterkinder eigentlich erst in der vierten Klasse, und nur vermöge besonderen Privilegs sollten sie dann, aber auch nur dann in der zweiten und resp. dritten Klasse zur Erbfolge kommen, wenn ihr Parens zur Zeit der Delation an die fragliche Klasse schon gestorben sei. Trete diese Voraussetzung nicht ein, so greife auch das ihnen ertheilte Privilegium nicht Platz, und sie succedirten dann also erst in der vierten Klasse in Concurrenz mit Oheimen und Tanten des Verstorbenen. Es sei nämlich alles Gewicht auf den Ausdruck des cap. 3. daß vi privilegii die filii praemortuorum fratris aut sororis neben den Geschwistern des Erblassers zur Succession gerufen würden, zu legen, indem darin offenbar liege, daß nicht alle Neffen, sondern nur eben diejenigen dieses besonderen Vorzugs genießen sollten, deren Parens vor der Delation an die zweite und dritte Klasse verstorben sei. Und so könne es vorkommen, daß Neffen zusammen mit Oheimen zur Erbfolge des Verstorbenen kämen; das Wort des cap. 3 quandoquidem sei gleichbedeutend mit dem griechischen ὁπότε und zu übertragen mit: in den Fällen, in welchen, worin eine Hinweisung liege, daß es auch noch andere Fälle gäbe, in denen den Neffen dies Vorzugsrecht nicht gebühre.

Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 171.

Siehe die Widerlegung in
v. Vangerow, Pand. §. 416. Anm. 1.

Präjudiz 1.

In einem Erk. des OAG. Celle vom 16. Sept. 1834 wird gesagt:

. . . daß durch die Nov. 127 der allgemeine Grundsatz der Nov. 118, daß Seitenverwandte, mit alleiniger Ausnahme vollbürtiger Geschwister, durch die Ascendenten des Erblassers von der Intestatsuccession ausgeschlossen werden sollten, zu Gunsten der Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister nur für den in concreto nicht zutreffenden Fall aufgehoben sei, daß außer ihnen und den Ascendenten auch vollbürtige Geschwister den Erblasser beerben würden;

daß auch eine (von dem Mittelgerichte in Bezug genommene) für die Landesgerichte verbindliche und etwas Anderes statuirende Praxis überall nicht erfindlich sei.

Erk. in S. des Sievers'schen Testamentsexecutors, Pastors Sievers in Hannover, c. den Spediteur Hagelberg in Lüneburg als Generalbevollmächtigten des Kaufmanns Neumann in Stettin, wegen Erbanspruchs.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 300.

V.

Sind bloß Ascendenten vorhanden, so geht der dem Grade nach Nächste unbedingt allen Uebrigen vor. Sind mehrere von gleichem Grade vorhanden, so erhalten sie, wenn sie zu einer Linie gehören, Kopftheile; gehören sie aber theils zu der väterlichen, theils zu der

mütterlichen Linie, so wird das Vermögen in zwei gleiche Hälften getheilt, wovon die eine auf die Ascendenten der väterlichen, die andere auf die Ascendenten der mütterlichen Linie fällt.

Streitig ist nun aber, ob die in jeder der beiden Linien dem Grade nach gleichstehenden Ascendenten wieder Kopftheile erhalten, oder ob hier eine Succession nach Theillinien stattfinde*).

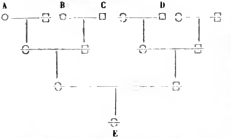
Einige meinen, die Succession erfolge nach Theillinien, wonach also in dem gegebenen Beispiele A 3000 Thlr., B und C jeder 1500 Thlr. erhalten würde. Denn wenn diese Ascendenten in Rücksicht des Vaters des Erblassers zwei verschiedene Linien ausmachten, die Succession der Ascendenten aber nach Linien erfolgen solle, Nov. 118. c. 2: Si in eodem gradu sint, aequaliter inter eos hereditas dividetur, ut dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcunque illi sint, accipiant, reliquam vero dimidiam ascendentes materni, quotcunque eos inveniri contigerit, so sei nicht abzusehen, warum nicht das Nämliche auch in Rücksicht des Erblassers selbst statthaben solle.

Stryk, de success. ab int. c. 1. §. 2.
Ludolff, Lehre von der Intestaterbfolge.
Schrader, Abhandl. Nr. 5. §. 6. S. 186.
Zachariä, Institut. S. 666.

Andere meinen, in jeder der beiden Linien müßten die dem Grade nach Gleichen wieder Kopftheile erhalten; daß bei einer Spaltung der höheren Linie noch einmal gespalten werden solle, sage das Gesetz nicht, und so bleibe nichts übrig, als das gewöhnliche Prinzip der communio, daß mehre Personen, welche indefinite mit einander gerufen sind, nach Köpfen zu theilen haben. Denn Justinian sage ganz allgemein: si autem eundem gradum habeant, ex aequo inter eos hereditas dividatur.

Glück, Intestaterbf. §. 171.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1075.
Sommer, rechtswissenschaftl. Abh. Nr. 4. S. 200. Not. *.
Reßhirt, Erbrecht S. 315.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1123.
Thibaut, System §. 861.
Schweppe, röm. P.-R. §. 830 b.

*) Ob also in folgendem Beispiele:



bei einem Nachlasse des E von 12,000 Thlrn. die 6000 Thlr., welche auf die väterliche Linie fallen, unter die Urgroßeltern A B C nach Köpfen, wonach Jeder 2000, oder nach Linien, wonach A 3000 Thlr., B und C jeder 1500 Thlr. erhalten würde, vertheilt werden.

v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 2.
Holzschuher, Bd. 2. Abth. 1. S. 510.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 9.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 691.

VI.

Ueber das Erbrecht des natürlichen Vaters in das Vermögen des sogenannten Brautkindes s. Intestaterbfolge, erste Kl. Contr. 13.

Präjudiz 1.

A hatte sich mit der B unter Einwilligung ihrer Eltern verlobt, und ein Kind (C) mit ihr erzeugt, welches er anerkannte, indem er sich als Vater im Kirchenbuche unterzeichnete. B starb alsbald nach ihrer Entbindung, was die beabsichtigte Ehelichung vereitelte. Das Brautkind C wurde später Miterbe seines mütterlichen Großvaters und starb sodann im dreizehnten Jahre. Der von A auf dessen ganzen Nachlaß erhobene Erbanspruch wurde oberstrichterlich für begründet anerkannt, da in solchen Fällen, in welchen der Bräutigam an dem Nichtvollzug der Ehe keine Schuld trage, die Analogie der Grundsätze bei der putativen Ehe zur Richtschnur diene. So wie hier der unschuldige Theil die Rechte eines wirklichen Ehegatten habe, so seien dort dem am Nichtvollzuge der Ehe schuldlosen Erzeuger die Rechte eines ehelichen Vaters nicht zu versagen. Ohnehin seien die Erbrechte der Descendenten und Ascendenten zufolge der Gesetze gegenseitig; die Praxis habe hinsichtlich der Succession in den väterlichen Nachlaß das Brautkind dem ehelichen gleichgestellt; nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit müsse daher auch, zumal einem an dem Nichtabschlusse der Ehe unschuldigen Vater des Brautkindes, in Ermangelung erheblicher Gegengründe, das Erbrecht in dessen Nachlaß eingeräumt werden.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 9. Nov. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 189.

Vergl. auch Intestaterbfolge, erste Klasse, Präj. 5 zu Contr. 13.

VII.

Streitig ist, ob bei der Erbfolge der Ascendenten der Unterschied berücksichtigt werden müsse, ob die Güter von väterlicher oder mütterlicher Seite herstammten.

Einige bejahen dies, unter Berufung auf L. 3 C. de bonis quae liber. L. 13 C. de legit. hered. L. 4 C. de secund. nupt. und Nov. 4. c. 1 u. 2. und wollen deshalb das väterliche Vermögen des verstorbenen Descendenten an die väterlichen, das mütterliche Vermögen aber an die mütterlichen Ascendenten fallen lassen.

Carpzov, jurispr. for. P. III. constit. 14. def. 2.
Berlich, concluc. practic. P. III. concl. 20. Nro. 14.
H. Pistoris obs. 51. Nro. 2.

Andere meinen das Gegentheil, und folge dies schon daraus, daß Ascendenten bloß nach der Nähe des Grades succedirten. Sollte es nun bei dieser Erbfolge darauf ankommen, von welcher Linie die Güter des verstorbenen Descendenten herrührten, so würde oft der entferntere Ascendent den näheren ausschließen, wenn die Güter gerade von dieser Linie herkämen. Sodann sage ja Justinian in Nov. 118. c. 2 ausdrücklich, wenn mehre Ascendenten von gleichem Grade vorhanden seien, so solle die Erbschaft unter sie zu gleichen Theilen vertheilt werden, und die eine Hälfte an die väterliche, die andere aber an die mütterliche Linie fallen. Diese Verordnung könne nicht bestehen, wenn man darauf Rücksicht nehmen müßte, von welcher Linie die Güter herrührten. Die älteren Gesetze endlich, worauf sich

die Gegner bezögen, redeten theils von ganz anderen Fällen, theils seien sie durch Nov. 118. c. 2 aufgehoben.

Koch, succ. ab intest. §. 46.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1423.
Walch, introd. in contr. sect. 2. c. 4. membr. 5. §. 10.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 2. Med. 76.
Glück, Intestaterbf. § 172.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 9.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 691. Not. 147.

Präjudiz 1.

Die im Ritterrechte des Herzogthums Bremen Tit. 1. §. 8 enthaltene Vorschrift, daß, wenn der Erblasser von väterlichen und mütterlichen Halbgeschwistern zugleich beerbt werde, das väterliche Vermögen auf jene, das mütterliche Vermögen auf diese fallen solle, enthält eine Einführung des im deutschen Rechte hie und da vorkommenden Recadenzrechts überall nicht, vielmehr lediglich eine gesetzliche Sanctionirung der früheren, ganz allgemeinen Praxis, nach welcher auf Grundlage der in dieser Anwendung im neuesten Justinianeischen Rechte freilich bestrittenen C. 13. §. 2 C. de legit. heredibus 6. 58, die consanguinei das väterliche, die uterini das mütterliche Vermögen voraus erhalten. Das Ritterrecht schließt sich vielmehr, abgesehen von den Bestimmungen desselben über Erbstammgüter, den Grundsätzen des römischen Intestaterbrechts an, und ist daher die Vorschrift des Tit. 1. §. 8 namentlich nicht auf Seitenverwandte überhaupt auszudehnen.

Erk. des OAG. Celle vom 22. April 1856, in Sachen v. d. Wisch c. v. Voß, wegen Erbschaftstheilung.

VIII.

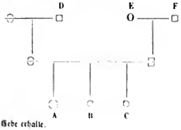
Wenn Ascendenten und vollbürtige Geschwister concurriren, so streitet man, wie die Theilung zu beschaffen sei*).

Einige meinen, es müsse Linealsuccession zum Grunde gelegt werden, und vermindere sich dann die Portion der Ascendenten verhältnißmäßig dergestalt, daß ein Jeder der Geschwister soviel bekomme, als demjenigen Ascendenten, welcher am Wenigsten erhalte, übrig bleibe. Diese Vertheilung entspreche sowohl der Billigkeit als den Regeln einer mathematischen Progression.

Schrader, Abhandl. aus dem Civilr. Bd. 1. Nr. 5. §. 7.

Andere meinen, alle Concurrenten müßten gleiche Theile nach Köpfen erhalten, da die klaren Worte der Nov. 118. cap. 2: dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli habeant aequalem partem, dieses verordneten. Eine andere Erbtheilung zu substituiren, als welche der Gesetzgeber bestimmt habe, sei den Regeln der Interpretation zuwider.

*) Wie viel z. B. in dem Falle



jeder Gebe erhalte.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 691. Not. 149.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 511.
Glück, Intestaterbf. §. 173.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 2.

IX.

Es ist eine der berühmtesten Controversen, zu welcher die Nov. 118 Veranlassung gegeben, ob allein zur Succession berufene vollbürtige Geschwisterkinder in capita oder in stirpes succediren*).

Man streitet nun,

A. ob die vollbürtigen Geschwisterkinder auch in dem Falle in capita succediren, wenn ein Halbbruder vorhanden ist, oder ob nicht vielmehr in diesem Falle eine Succession nach Stämmen stattfinde**).

Einige meinen, es trete eine Succession in stirpes vermöge des Repräsentationsrechts ein, unter Berufung auf die Nov. 118. c. 3 und auf das Reichsgesetz.

Justinian setze nämlich in cap. 3, welches von der Erbfolge der Seitenverwandten handele, drei Ordnungen fest; zuerst rufe er die vollbürtigen Brü-

*) Die erstere Meinung vertheidigte schon Azo, die zweite Accursius. Ersterer berief sich darauf, daß solches dem älteren römischen Rechte gemäß sei. Accursius hingegen glaubte, es müsse bei Geschwisterkindern, nachdem ihnen Justinian das Repräsentationsrecht gegeben, nun eben dasselbe Rechtens sein, was bei Geschwistern gelte; sie könnten also eben so, wie diese, nicht anders als nach den Stämmen erben. Allein Azo erwiderte, die Geschwisterkinder hätten das Repräsentationsrecht nur in dem Falle nöthig, wenn sie mit Geschwistern des Verstarbenen succedirten; denn nur in diesem Falle habe es ihnen Justinian gegeben, damit sie von jenen nicht ausgeschlossen werden möchten. Dieser Grund falle aber weg, wenn sie allein berufen seien, denn hier hätten sie auch kein Repräsentationsrecht nöthig, sie succedirten folglich nach Köpfen. Der Schluß von Enkeln passe hier nicht, weil bei diesen die Gradesnähe nicht in Betracht komme. Beide Ansichten fanden zahlreiche Anhänger, welche bei

Glück, Intestaterbf. §. 175.
Forster, de hereditatib. lib. 8. c. 3

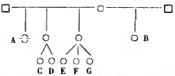
ausgeführt sind.

Dieser Streit wurde für die Meinung des Azo auf dem Reichstage zu Speier entschieden, und darauf eine Verordnung von Karl V. promulgirt, welche wörtlich also lautet:

„Wir Karl V. ɾc. thun allen und jeglichen Kurfürsten und Fürsten ɾc. zu wissen: Wenn einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder und Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben, und dem Verstarbenen ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen ɾc."

Allein durch dieses Reichsgesetz sind noch mehre Controversen über die Intestaterbfolge der Geschwisterkinder nicht beigelegt.

**)



In dem vorgesetzten Falle ist zwar gewiß, daß C D E F G den Halbbruder B ausschließen; allein es fragt sich, ob sie vermöge des Repräsentationsrechts in stirpes oder jure ordinis, in capita erben, und beide Parteien glauben ihre Ansicht durch das Reichsgesetz bestärken zu können.

der und Schwestern zur Erbschaft. Seien diese nicht vorhanden, so berufe er in zweiter Ordnung die halbbürtigen Brüder und Schwestern, und nun komme er auf die Geschwisterkinder, deren er weder in der ersten noch in der zweiten Ordnung erwähne. Da diese nun nach älterem Rechte, als in dem dritten Grade verwandt, selbst von den halbbürtigen Geschwistern ausgeschlossen würden (§. 5 Inst. de legit. agnator. success. L. 15. §. 2 u. 3 C. de legit. hered.), so verordne nun Justinian, daß sie mit ihres Vaters oder Mutter Brüdern oder Schwestern zur Erbschaft gelangen, und soviel ihrer auch seien, die von einem Bruder oder Schwester abstammten, einen solchen Theil bekommen sollten, als ihr Vater oder ihre Mutter erhalten hätte, wenn sie noch am Leben wären. Hierauf beruhe das Repräsentationsrecht, und diesem sei die successio in stirpes eigen. Aus diesem Princip entschieden sich nun zwei Fälle:

a) wenn eines verstorbenen vollbürtigen Bruders Kinder mit noch lebenden halbbürtigen Geschwistern des Verstorbenen concurrirten,

b) wenn ein vollbürtiger Bruder des Verstorbenen mit eines zuvor verstorbenen Bruders Kindern concurrire.

Im ersten Falle sollten zufolge jenes Princips des verstorbenen Bruders Kinder den Halbbrüdern ihres Vaters vorgezogen werden, wenn sie gleich im dritten Grade stehen, so wie ihr Vater wäre vorgezogen worden, wenn er noch am Leben wäre. In diesem aber sollten die Kinder des Halbbruders von der Erbschaft ausgeschlossen werden, sowie ihr Vater auch wäre ausgeschlossen worden, wenn er noch lebte.

Noch ein Argument gebe die Nov. selbst. Denn indem Justinian die dritte Klasse der Collateralerbfolge anordne, sage er ausdrücklich, sie solle erst dann eintreten: si defunctus neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit, wenn gleich in dieser Klasse auch Personen zur Erbfolge gerufen seien, die mit Geschwisterkindern in gleichem Grade ständen. Es bewiesen aber auch ferner die Worte: unde consequens est etc. ebenso deutlich, daß des verstorbenen Bruders Kinder diese praerogativa ordinis anders nicht erhalten könnten, als dadurch, daß sie in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder Bruders einträten, und hierdurch denselben Grad und Erbtheil erhalten hätten, welchen der Vater bekommen haben würde, wenn er noch lebte. Es sei dies ohne Zweifel auch das Repräsentationsrecht, mit dessen Hülfe sie den Halbbruder des Verstorbenen ausschlössen, weil sie sonst als Seitenverwandte des dritten Grades von demselben ausgeschlossen werden würden, welches doch Justinian durch das ihnen ertheilte Repräsentationsrecht habe verhüten wollen. Da jedoch außerdem das Repräsentationsrecht nur in derselben Klasse wirke, zu welcher der Ascendent gehöre, in dessen Stelle die Kinder des Bruders oder der Schwester eintreten, so folge daraus weiter, daß solches den Kindern eines verstorbenen Halbbruders nicht zu Statten komme, wenn sie mit einem vollbürtigen Bruder des Verstorbenen concurrirten. Denn da sie, wie ihr Vater, zu der folgenden Ordnung gehörten, so würden sie, selbst auf das Repräsentationsrecht gestützt, doch eben so gut durch den vollbürtigen Bruder des Verstorbenen von der Erbfolge ausgeschlossen werden, wie ihr Vater wäre ausgeschlossen worden, wenn er noch lebte; weil der Repräsentant nicht mehr Recht haben könne, als der Repräsentirte selbst gehabt haben würde.

Aus diesen Gründen würden also die Kinder eines vollbürtigen Bruders oder einer vollbürtigen Schwester, wenn sie auch nicht mit vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen, sondern nur mit solchen Brüdern oder Schwestern desselben concurrirten, die entweder durch den Vater oder durch die Mutter allein mit dem Erblasser verwandt sind, nach den Worten und dem Geiste der Nov. 118. c. 3 nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen erben.

Stryk, de succ. ab intest. diss. III. c. 1. §. 12. 17 u. 18.
Cocceji, jus controv. lib. 38. tit. 15. qu. 5.
Titius in jure priv. lib. 7. c. 1. §. 23.
Vinnius, sel. jur. quaest. lib. 2. cap. 30. pag. 235.
Westenberg, princ. jur. sec. ord. Inst. lib. 3. tit. de succ. ab int. §. 105.
Böhmer, introd. in jus D. lib. 38. tit. 17. §. 14.
Heisler, diss. de fratrum germ. lib. etc. sec. Nov. 118. c. 3 jure repraesent. (1775) cap. 2.
Schweppe, röm. P.-R. §. 830.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 10.
Roßhirt, Erbrecht S. 353.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 2.

Andere meinen, daß die vollbürtigen Geschwisterkinder den Halbbruder B jure ordinis ausschlössen und deshalb in capita erbten. Die Anhänger dieser Ansicht verstehen die Stelle unde consequens est anders. Sie leugnen, daß sie auf die unmittelbar vorhergehende Periode gehe, wo von dem Repräsentationsrechte die Rede sei. sie beziehe sich vielmehr auf die von Justinian festgesetzten beiden ersten Klassen der Seitenverwandten, deren erste er den vollbürtigen Geschwistern und deren Söhnen und Töchtern angewiesen habe. Von einem Repräsentationsrechte sei hier keine Rede, sondern der Sinn der Stelle in Verbindung mit den vorhergehenden und nachfolgenden Worten gehe vielmehr dahin:

> „da die vollbürtigen Geschwister und deren Söhne und Töchter zur ersten Klasse der Seitenverwandten, die Halbgeschwister und deren Kinder hingegen zur andern Klasse gehören, und zwar so, daß die Geschwisterkinder in der ihnen angewiesenen Ordnung auch sogar, vermöge des ihnen ertheilten Repräsentationsrechts, mit des Verstorbenen Geschwistern selbst succedirten, wenn sie gleich entfernteren Grades sind, so folge hieraus, daß die Halbgeschwister des Verstorbenen auch von den Kindern eines vollbürtigen Bruders des Erblassers ausgeschlossen würden, weil die andere Klasse der Seitenverwandten nicht eintreten könne, so lange noch Personen, die zur ersten Klasse gehörten, vorhanden seien."

Wie wenig der Gesetzgeber hier an ein Repräsentationsrecht gedacht habe, lehre das von ihm selbst angeführte Beispiel. Die Kinder eines verstorbenen leiblichen Bruders sollten des Verstorbenen Halbbruder

ausschließen; wie könnte hier eine successio in stirpes stattfinden, da zu jeder successio in stirpes wenigstens zwei Stämme erforderlich seien.

Daß hier nur vom jure ordinis und nicht von einem Repräsentationsrechte die Rede sei, ergebe sich auch daraus, daß Justinian den Söhnen und Töchtern vollbürtiger Geschwister das Repräsentationsrecht nur in dem Falle ertheilt habe, da sie cum propris suis thois, d. h. mit ihrer verstorbenen Mutter Brüdern oder Schwestern succediren, um nicht von diesen, wie ehemals, ausgeschlossen zu werden. Nun aber seien ja die vollbürtigen Geschwisterkinder nicht mit dem Halbbruder des Verstorbenen zur Erbschaft gerufen, sondern gingen ihm, der gesetzlichen Ordnung nach, vor, weil letzter zur folgenden Ordnung der Seitenverwandten gehöre. Eben dies sei auch der Sinn der letzten Worte in der Stelle „unde consequens est", welche so lauten: ut liberi ejus patruis suis praeferantur — sicut pater ipsorum praelatus fuisset, si vixisset; dies heiße nämlich: So wie der vollbürtige Bruder den Halbbruder ratione ordinis ausgeschlossen hätte, so schlößen ihn auch des vollbürtigen Bruders Kinder jure ordinis aus. Ein Repräsentationsrecht sei hier um so weniger denkbar, da solches seinem Zwecke nach gar nicht dazu eingeführt worden sei, um Andere auszuschließen, sondern vielmehr, um mit Anderen zu succediren, von denen man sonst würde ausgeschlossen worden sein. Alles dies werde durch den §. 1. cap. 3 bestärkt. Denn indem Justinian daselbst den dritten ordo der Collateralen festsetze, welcher eintreten solle, wenn der Verstorbene weder Brüder noch Bruderskinder hinterlassen habe, und dabei bezüglich der Art der Erbfolge verordne, daß die übrigen Seitenverwandten nach der Nähe des Grades succediren sollen, gebe der Kaiser nicht undeutlich zu erkennen, daß, so lange Bruder und Bruderskinder vorhanden seien, auf keine Nähe des Grades gesehen werden solle. Es könne folglich auch die Nähe des Grades kein Grund sein, weswegen die Kinder des vollbürtigen Bruders nöthig hätten, sich des Repräsentationsrechts zu bedienen, um den Halbbruder auszuschließen.

Rotgersius, de success. legit. cap. 11. §. 11 u. cap. 12. §. 55.
Voet, Comm. ad Pand. lib. 38. tit. ad SC. Tertull. §. 16.
Walch, introd. in controv. jur. sect. 2. cap. 4. memb. 5. §. 15.
Koch, success. ab intest. §. 78.
Madihn, princip. jur. R. de success. §. 46.
Hofacker, princ. jur. R. §. 1425.
Hellfeld, jurispr. for. §. 783.
Thibaut, System §. 861.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1075.
Weber, Erläut. der Pand. §. 1650. Nr. 15.
Zachariä, Institut. S. 666.

X.

Ferner streitet man,

B. ob der Fall nicht etwa durch die Reichsgesetze entschieden werde?

Einige meinen, die Reichsgesetze beträfen die obige Frage gar nicht, sondern bezögen sich nur auf den Fall, wenn der Verstorbene keinen Bruder oder keine Schwester, sondern bloß Bruders- oder Schwesterkinder hinterlasse. Mehr, als die ausdrücklichen Worte des Reichsgesetzes von dem bestehenden Rechte abänderten, könne nicht als abgeändert angenommen werden. Da nun der Fall, wo ein Halbbruder des Verstorbenen vorhanden sei, in dem Reichsgesetze nicht entschieden sei, so sei auch das römische Recht in dieser Beziehung nicht aufgehoben.

Heisler, diss. de fratrum german. lib. sec. Nov. 118. cap. 3. jure repraes. cap. 2. §. 20.

Andere meinen, der erörterte Fall sei allerdings in den Reichsgesetzen mit entschieden. Denn dies zeige die ratio legis, welche, wie der Eingang ausweise, dahin gehe, den Streit unter den Rechtslehrern über die Intestaterbfolge der Bruderskinder durch eine allgemein giltige Verordnung zu entscheiden. Es sei aber, wie die Schriften der älteren Rechtslehrer vor Karl V.

cfr. Val. Forster, de heredit. quae ab intest. def. lib. 8 cap. 3. p. 1137.

über die beiden Parteien, die Azonianische und die Accursianische, ergeben, auch über den vorliegenden Fall besonders gestritten. Ja Claudius Cantiuncula, welcher seine Paraphrase wenige Jahre nach jenem Reichsgesetze (1533) geschrieben habe, und das Gesetz als das nun entscheidende anführe, gestehe dennoch, die Meinung des Accursius habe doch immer die Stelle „unde consequens est" für sich, nach welcher die Kinder vollbürtiger Geschwister per suorum parentum repraesentationem dem Halbbruder des Verstorbenen vorgezogen würden, und also nach dem römischen Rechte in stirpes und nicht in capita succedirten. Sodann könnten die Worte:

„Wenn einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Zahl verläßt"

nicht anders, als von einem solchen Falle verstanden werden, wo der Verstorbene keine Geschwister hinterlassen habe, mit denen die vorhandenen Geschwisterkinder in derselben Klasse succedirten. Die Existenz des Halbbruders könne also hier um so weniger in Betracht kommen, da dieser von den vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen werde.

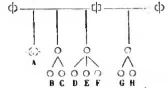
Glück, Intestaterbfolge §. 180.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Anm. 2.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 10.
Schweppe, röm. P.-R. §. 830 b.
Roßhirt, Erbrecht S. 362.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 214.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 693.

XI.

Sodann streitet man,

C. ob die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister auch dann in capita succediren, wenn Kinder eines verstorbenen Halbbruders vorhanden sind*).

*) Z. B. in folgendem Falle



Einige meinen, daß die vollbürtigen Geschwisterkinder B C D E F, um die Kinder des Halbbruders, G H, auszuschließen, sich des Repräsentationsrechts bedienen müßten, weil sie sonst, als gradu aequales, zugleich mit ihnen succediren würden. Denn mittelst des Repräsentationsrechts würden sie erst in den Stand gesetzt, sich der Bandesduplicität bedienen zu können. Und daß, dieses als richtig vorausgesetzt, dann eine successio in stirpes stattfinde, stehe fest.

Cocceji, jus controv. lib. 38. tit. 15. qu. 5.
Heisler, diss. de fratrum germ. lib. jure repraes. c. 3.

Andere meinen, daß vollbürtige Geschwisterkinder hier des Repräsentationsrechts gar nicht bedürften, vielmehr die Kinder des Halbbruders schon jure ordinis ausschlössen, und folglich nach Köpfen succedirten. Auch nach dem citirten Reichsgesetze erbten die Kinder vollbürtiger Geschwister, in jenem, wie in diesem Falle, nach Köpfen.

Glück, Intestaterbfolge §. 181.
Rotgersius, de succ. legit. cap. 11. §. 31.
Koch, success. ab int. §. 78.
Walch, introd. in controv. jur. sect. 2. c. 4. m. 5. §. 16.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 10.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 2.
Roßhirt, Erbrecht S. 362.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 214.

Dagegen wird erwidert, das Reichsgesetz handle gar nicht von diesem Falle, sondern habe den Fall vor Augen, wo das Erbrecht aller vorhandenen Brüderkinder an sich gewiß sei, und nur die Frage entstehe, ob sie in capita oder in stirpes succediren. Dies sei der Fall, wo Jemand nur die Kinder vollbürtiger, oder nur halbbürtiger Geschwister nachgelassen habe. Allein der Fall des hier vorliegenden Streites sei gemischt, und diene hier nur das römische Recht zur Entscheidung; denn sonst müsse man sie ohne Unterschied zulassen, sie seien vollbürtiger oder halbbürtiger Geschwister Kinder.

Heisler, diss. cit. cap. 3. §. 28.

Hiergegen wird behauptet: der obige Grund sei schwach; denn daß der vollbürtigen Brüder Kinder die Kinder des Halbbruders ausschlössen, sei nicht streitig gewesen, sondern nur die Art der Erbtheilung; und hierüber allein habe das Reichsgesetz entschieden.

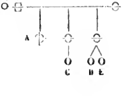
Glück, Intestaterbl. S. 690.

XII.

Ferner streitet man,

D. wie die Erbfolge der Geschwisterkinder sei, wenn ein Vater- oder Mutterbruder, oder eine Vater- oder Mutterschwester des Verstorbenen vorhanden sei*).

*) Z. B.



Einige meinen, daß der vollbürtigen Brüder Kinder zwar den Vatersbruder des Verstorbenen ausschlössen, allein nicht anders, als mit Hülfe des Repräsentationsrechts, weshalb eine successio in stirpes stattfinde, und zwar aus folgenden Gründen. Vor der Nov. 118 hätten die Geschwisterkinder, sowohl voll- als halbbürtige, mit den übrigen Seitenverwandten des dritten Grades zugleich succedirt. Dies habe Justinian in der Nov. 118. cap. 3 dahin abgeändert, daß die Geschwisterkinder allein erben und den Vaters- oder Mutterbrüdern und Schwestern des Verstorbenen vorgezogen werden sollten, obgleich sie mit ihnen im dritten Grade der Verwandtschaft ständen; gleichviel ob sie voll- oder halbbürtiger Geschwister Kinder seien. Den Grund führe der Kaiser selbst an, nämlich, weil er den Bruders- oder Schwesterkindern das Privilegium gegeben habe, daß sie an die Stelle ihrer Eltern treten, und auf solche Weise, obschon nur im dritten Grade verwandt, doch mit denen, welche im zweiten Grade ständen, erben könnten. Könnten nun also die Geschwisterkinder mit Hülfe dieses Privilegiums sogar mit ihren Vaters- oder Mutterbrüdern und Schwestern succediren, so ergebe sich, daß sie, in die Stelle ihrer Eltern eintretend, auch den Vaters- oder Mutterbrüdern des Verstorbenen vorgezogen würden, so wie ihr Vater oder ihre Mutter, er sei ein vollbürtiger Bruder oder Halbbruder des Verstorbenen, den Vaters- oder Mutterbruder desselben ausgeschlossen haben würde, wenn sie noch lebten. Offenbar lege also Justinian auch hier das Prinzip der Repräsentation zum Grunde und schließe a majori ad minus. Daß aber diese Stelle keinen anderen Sinn habe, bestätige der griechische Scholiast Theodorus in den Basiliken Tom. VI. pag. 104. Schol. e.

Cocceji, jus controv. lib. 38. tit. 15. qu. 5.
Titius, jur. priv. Rom. Germ lib. 7. c. 1. §. 23.
J. H. Böhmer, introd. in jus D. lib. 38. tit. de modo succed. ab int. sec. Nov. 118. §. 15.
Wernher, lect. comm. in Pand. T. 2. lib. 38. tit. 17. §. 15.
Heisler, diss. de fratrum germ. etc. cap. 4.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 2.

Andere meinen, der vollbürtigen Brüder Kinder könnten den Vatersbruder gar nicht ausschließen, weil ihnen hier kein Repräsentationsrecht zustehe; sondern sie erbten mit jenem in capita. Der Kaiser nämlich habe in Nov. 118. c. 3 verordnet, daß die Kinder vorverstorbener Brüder zugleich mit den Brüdern des Verstorbenen durch Repräsentation succediren sollten. Er leite daraus die Folge ab, daß sie auch den Vaters- oder Mutterbrüdern des Verstorbenen vorgezogen werden müßten. Den Grund setze er ausdrücklich darin, weil er ihnen die Repräsentationswohlthat nur in jenem Fall gegeben habe, so daß sie nicht an und für sich, sondern wegen ihrer Vaters- oder Mutterbrüder oder Schwestern den Vaters- oder Mutterbrüdern oder Schwestern des Verstorbenen vorgezogen würden. Seien also keine filii proprii vorhanden, so cessire das ihnen ertheilte Privilegium, und es bleibe nun beim alten Rechte, nach welchem die Geschwisterkinder mit den Vaters- oder Mutterbrüdern des Verstorbenen zugleich succedirten.

Wissenbach in disput. ad instituta imperial. disp. 30. §. 42.
Huber, prael. ad Inst. lib. 3. tit. de succ. ab intest. sec. Nov. 118. §. 15.
Westenberg, princip. jur. sec ord. Instit. lib. 3. tit. eod. §. 108

Andere meinen, daß die Kinder vollbürtiger Geschwister den Vatersbruder des Verstorbenen jure ordinis ausschlössen, weil letzterer zur vierten Klasse gehöre, und erstere daher nach Köpfen erbten. Denn Justinian schließe hier a majore ad minus, und wolle soviel sagen: da wir den Geschwisterkindern das Privilegium gegeben haben, daß sie durch Repräsentation ihrer Eltern auch sogar mit denjenigen Seitenverwandten des Verstorbenen zugleich zur Erbfolge gelassen werden, welche zu der ersten und anderen Klasse gehören, ja sei es um so weniger einigem Zweifel unterworfen, daß sie den Vatersoder Mutterbruder oder die Vaters- oder Mutterschwester des Verstorbenen ausschließen, da diese, wenn sie gleich, so wie die Geschwisterkinder, ebenfalls im dritten Grade verwandt seien, nicht einmal zu derselben Klasse gehörten, sondern erst nach jenen zur Succession gelangten. Die sanguinis proximitas habe den Gesetzgeber bestimmt, den Geschwisterkindern den Vorzug vor den Vatersoder Mutterbrüdern oder Schwestern des Verstorbenen zu geben, und außerdem spreche für diese Ansicht das kaiserliche Gesetz Karl's V.

Voet ad Pand. Tom. II. lib. 38. tit. ad SC. Tertull. §. 16. pag. 490.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 38. th. 34.
Rotgersius, de succ. legit. cap. 11. § 39 u. cap. 13. §. 33.
Koch, succ. ab int. §. 78.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1653.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1425.
Walch, diss. de succ collat. § 6—9
Glück in der ersten Ausgabe der Intestaterbfolge §. 125.
Holzschuher, Th. 2. Ablh. 1. S. 514.

XIII.

Streitig ist, ob die Erbschaftsvertheilung sich nach dem Zeitpunkte der Delation, oder nach dem Zeitpunkte der Acquisition der Erbschaft bestimme).*

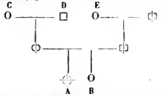
Einige meinen, beim Ausfall eines der mitberufenen Erben müsse der Nachlaß so vertheilt werden, als wäre dieser Erbe niemals vorhanden gewesen, es sei also auf den Zeitpunkt der Acquisition zu sehen. Im Betreff des Tertullianischen Erbrechts der Mutter werde es ausdrücklich bezeugt, daß, wenn neben der Mutter zwei Successoren vorhanden gewesen, deren Einer den Andern ausgeschlossen, während dieser Letzte mit ihr allein concurrirt habe, der Ausfall des Ersteren nicht etwa nur die Portion der Mutter vermehre, sondern sie mit dem Letzteren zusammen ganz eben so succediren lasse, als wäre der Erste nie berufen gewesen, L. 2. §. 18 D. ad SC. Tertull.

Dieses Prinzip für ein singuläres zu halten, sei um so weniger ein Grund vorhanden, als bei anderen Gelegenheiten ganz allgemein der Grundsatz ausgesprochen werde: Non pro numero superstitum mortis tempore, sed succedentium scinditur hereditas, L. 2 C. ad SC. Orphitian. 6, 57.

Wenn dagegen allerdings die Nähe der zu der Succession berufenen Verwandtschaft nach der Zeit der Delation, und nicht nach den späterhin etwa eingetretenen Veränderungen beurtheilt werden solle, dann sei dieser Grundsatz nur für die Berufung zur Erbschaft im Allgemeinen entscheidend; keineswegs aber folge aus ihm, daß jeder in dieser Weise Berufene auch sogleich, im Momente der Delation, ein jus quaesitum auf eine bestimmte Quote der Erbschaft erlange. Hiergegen komme auch nicht in Betracht, daß nach diesen Grundsätzen, scheinbar gegen die Natur des Anwachsungsrechts, der Ausfall eines Erben die Portionen einzelner Miterben, statt dieselben zu *vergrößern*, *verkleinern* könne; denn theils bewiesen die Wirkungen der Nachgeburt eines Postumus, daß, auch nach erfolgter Delation, die Erbschaftsquote doch noch gemindert werden könne, theils müßten auch die Gegner des obigen Princips, wenigstens für den Fall der Succession des Vaters in einen Viriltheil des Ususfructus an dem seinen emancipirten Kindern von der Mutter hinterlassenen Vermögen, einräumen, daß das jus accrescendi, unter Umständen, factisch in eine Decrescenz umschlage.

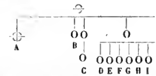
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 278.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 251.
Roßhirt, Gebrecht S. 359.
Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Cr.-R. Bd. 1. S. 382.

*) Die Entscheidung der Frage ist z. B. in folgenden Fällen von Wichtigkeit:



Wenn B die Erbschaft ausschlägt, so würde, wenn nur auf die Zeit der Acquisition der Erbschaft gesehen werden sollte, die Linealerbfolge eintreten, mithin bei einem Erbschaftsvermögen von 4000 Thlrn. würde C und D jeder 1000 Thlr., E aber 2000 Thlr. erben, wogegen, wenn auf die Zeit der Delation der Erbschaft gesehen werden sollte, die successio in capita eintreten würde, wonach denn C D und E ein Jeder ⅓ der Erbmasse oder 1333⅓ Thlr. erbten.

Oder



Wenn B die Erbschaft ausschlägt, so würde, wenn auf den Zeitpunkt der Acquisition der Erbschaft gesehen werden sollte, die Linealerbfolge eintreten, also bei einem Erbschaftsvermögen von 7000 Thlrn. C die Hälfte mit 3500 Thlrn., D E F G H I aber ein jeder ein Sechstheil von 3500 Thlr., also 583⅓ Thlr. erhalten; wird dagegen nach dem Zeitpunkte der Delation gesehen, so tritt darnach die successio in capita ein und es erhalten C D E F G H I ein jeder ein Siebentheil der Erbmasse, mit je 1000 Thlrn.

Andere meinen, die Erbschaftsvertheilung sei nach dem Zeitpunkte der Delation zu bestimmen. Direct lasse sich die Frage aus den Quellen nicht entscheiden, man sei vielmehr hier auf allgemeine Grundsätze und Analogien beschränkt. Die Gründe für die Ansicht sind folgende:

Die entgegenstehende Ansicht sei ebensowenig mit den Grundsätzen über die Wirkung wohlerworbener Rechte, als mit der Natur des Accrescenzrechts zu vereinigen. Durch die Delation der Erbschaft an Mehrere sei von vorn herein bestimmt, was und wie viel ein Jeder erben könne. Wer durch Testament oder Gesetz zu einem bestimmten Theile berufen sei, habe ein Recht, diesen Theil sofort zu erwerben, — ein Recht, welches durch jus accrescendi zwar erweitert, nicht aber beschränkt werden könne. Es würde ja auch widrigenfalls eine Ungewißheit über den zu vererbenden Theil entstehen, welche allen Erwerb unmöglich mache, bis es sich vollständig entschieden hätte, wie viele der Berufenen wirklich zu der Erbschaft gelangten; mit andern Worten, so lange noch das Wegfallen eines oder des andern Miterben möglich sei, würde Niemand seinen Theil erwerben können. Völlig unjuristisch sei auch die Annahme, daß der Erwerb eines deferirten Erbtheils nur als provisorium gelte; denn eine nur provisorische Erklärung über den Erbschaftserwerb sei überhaupt unzulässig oder wirkungslos. Zwar könne sich in einem bestimmten Falle ein erworbener Erbtheil hinterher noch vermindern, wenn nämlich für einen zu erwartenden Postumus einstweilen drei Theile zurückgelegt würden. Allein aus einer singulären Rechtsbestimmung, wie diese, welche überdies voraussetze, daß die zur Erbschaft concurrirenden Personen bei der Delation noch nicht einmal fest bestimmt wären, lasse sich keine allgemeine Regel abstrahiren; am wenigsten für solche Fälle, in welchen es bei der Delation völlig feststehe, wer zur Erbschaft berufen sei. Ein bloßer Nothbehelf sei es auch, wenn gesagt werde, das Anwachsungsrecht enthalte nur eine Erweiterung des Rechts für alle noch übrigen Erben zusammen, nicht gerade für den Einzelnen (z. B. Mayer, Anwachsungsrecht S. 258). Denn gerade darin bestehe das Wesen des Anwachsungsrechts, daß allen und jeden Miterben, die nicht besonders ausgeschlossen seien, nach Verhältniß ihres Erbtheils, accrescire.

Wenn sich die Gegner auf das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian beriefen:

„Non pro numero superstitum etc. L. 2 C. ad SC. Orphitianum 6, 57."

so enthalte diese Entscheidung an und für sich nichts, was der hier vertheidigten Ansicht widerspreche: „Eine Mutter hinterläßt vier Kinder, zwei davon sterben, ehe sie ihren Erbtheil erworben haben, mithin wird die Erbschaft unter die beiden übrigbleibenden zu gleichen Hälften vertheilt." Auch habe ja zur Zeit Diocletian's an die Frage überall noch nicht gedacht werden können, ob die Vertheilungsart sich dadurch ändere, daß nach der Delation, von den berufenen Personen, eine oder die andere vor dem Erwerbe wegfalle. Dies Alles werde denn auch zugegeben; immer aber sei durch das Rescript der Grundsatz anerkannt: es komme bei der Theilung der Erbschaft nicht auf die Zahl derer an, die zur Todeszeit vorhanden seien, sondern die wirklich Erben würden. Ungeachtet es in dem vorliegenden Falle keinen Unterschied mache, ob man die Theilung nach der Zeit der Delation bestimme, oder nicht, so sei doch der allgemeine Grundsatz der Veränderlichkeit der Theilung als ein mit der Natur der Anwachsung zusammenhängendes theoretisches Prinzip der Entscheidung vorangestellt, und ihm dadurch ein Gewicht beigelegt, wodurch es, wenn auch für jene Zeit keine praktische, doch eine juristisch-theoretische Bedeutung erhalte. Zur Zeit der Compilation habe sich daran schon eine bestimmte praktische Folge anknüpfen lassen, und dies vielleicht die Aufnahme des Rescripts veranlaßt (Mayer, Anwachsungsrecht S. 260). — Allein viel natürlicher sei es, die Veranlassung eines Rescripts, welches im Grunde einen sich von selbst verstehenden Satz ausdrücke, so zu erklären: die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder erwerben den väterlichen Nachlaß ipso jure, die mütterlichen dagegen, ebenso wie andere Erben der Mutter, erst durch Antretung. Ein Zweifel hierüber und eine dadurch veranlaßte Anfrage bei den Kaisern habe aber immerhin bei Nichtjuristen entstehen können; daraus erkläre sich denn der bestimmte Gegensatz zwischen emancipirten und der väterlichen Gewalt unterworfenen Kindern in dem Rescripte.

Glück, Intestaterbfolge §. 186.
Baumeister, Anwachsungsrecht S. 36.
Büchel, Streitfragen S. 230.
v. Vangerow, Pand. §. 421.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 523.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 292 f.
Sintenis, Civilrecht §. 164. Not. 14.
Koch, succ. ab intest. §. 45.

XIV.

Streitig ist, ob es gestattet sei, zum Nachtheile seiner Geschwisterkinder seines Bruders Erbschaft auszuschlagen*).

Einige meinen, nach der natürlichen Billigkeit und Rechtsanalogie sei solche Ausschlagung ungiltig. Die Ausschlagung geschehe ja zum eigenen Vortheil des Ausschlagenden und zwar dolose, und eine Repudiation in fraudem legis müsse ungiltig sein.

Eyben in disqu. 12 ad Instit. obs. 14. Nro. 6.
Leyser, sp. 423. med. 4.
Koch, succ. ab int. class. 2. §. 77. schol. 4.
Gebr. Overbeck, Meditat. Th. 4. Nr. 211.

Andere meinen, die Repudiation sei völlig erlaubt und zulässig. Jeder könne sich seines Rechts begeben, und es sei ja auch dem Schuldner erlaubt, eine ihm angefallene Erbschaft zum Nachtheil der Gläubiger auszuschlagen, L. 6 D. quae in fraud. credit.

Stryk, succ. ab int. diss. 3. c. 1. §. 11.

*) Folgender Fall kam zur gerichtlichen Entscheidung. Titius starb ohne Testament und hinterließ als nächste Erben einen Bruder und ein Kind von seiner verstorbenen Schwester. Der Bruder hatte vier Kinder, und um diesen ihren Erbtheil größer zu machen, schlug er die brüderliche Erbschaft aus. Der Nachlaß betrug 5000 Thlr. Wenn die Ausschlagung der Erbschaft giltig war, so erhielt der Bruder für seine vier Kinder 4000 Thlr., der Schwester Kind aber nur 1000 Thlr.; anderen Falls erhielten der Bruder 2500 Thlr. und der Schwester Kind 2500 Thlr. Die höchste Entscheidung erfolgte gegen die Befugniß der Ausschlagung.

Böhmer, posit. de ordin. succed. c. 4. Nro. 1. §. 6.
Hannesen, de comput. grad. part. 3. sect. 3 §. 123.

XV.

Vor der Nov. 118 hatte sich die Erbfolge in das pecul. adventicium eines verstorbenen Haussohnes dahin fixirt, daß dieselbe zuerst den Descendenten, dann der Mutter und den Geschwistern, und hierauf erst dem Vater angetragen wurde, welchem Letzteren stets der lebenslängliche Nießbrauch verblieb. Statt dessen verordnete Justinian in Nov. 118. c. 2, wenn Jemand ohne Descendenten versterbe, so solle sein Vermögen gleichmäßig an die dem Grade nach nächsten Ascendenten und vollbürtigen Geschwister fallen; denn statt des Nießbrauchs erhalte der Vater einen Theil der Erbschaft nach Eigenthumsrecht. Hiernach ist nun soviel gewiß, daß der Vater keinen neuen Nießbrauch an den Portionen der miterbenden, noch in seiner Gewalt befindlichen Geschwister erwirbt.

Streitig ist aber, ob der Vater den Nießbrauch, den er schon bei Lebzeiten des verstorbenen Kindes hatte, beibehalte oder verliere.

Einige meinen, er behalte den Nießbrauch, weil es so vor der Nov. 118 gewesen (L. 3. L. 4. L. 6. §. 1 C. de bonis quae liber. 6, 61), weil Justinian in Nov. 118. c. 2 nur die Erwerbung eines neuen Nießbrauchs verboten habe, und weil es überhaupt Rechtens sei, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Usufructuars, nicht aber des Proprietars aufhöre. Ebenso behalte auch nach der Nov. 118. c. 1 der Vater sogar bei der Succession der Descendenten, wenn ein filius familias versterbe, den Nießbrauch von dessen Peculium und die Kinder erbten nur die Proprietät. Sollten nun die Geschwister bei der Succession ihres Bruders ein größeres Recht haben, als selbst den Kindern des Erblassers zustehe? Auch sage die Nov. 118. c. 2 nicht ausdrücklich, daß der Vater den Nießbrauch, den er schon bei Lebzeiten des verstorbenen Kindes gehabt, durch den Tod desselben verlieren solle, sondern er solle sich solchen nur an den Erbtheilen der Geschwister seines Kindes nicht anmaßen, wenn diese etwa noch in der väterlichen Gewalt wären. Sie spreche also nur von der Erwerbung eines neuen Nießbrauchs. Endlich würde auch die Successionsgleichheit gegen die Absicht des Gesetzes nicht gehindert, weil hier der Vater nicht in den Nießbrauch succedire, sondern ihn bloß behalte, so wie er ihn schon bei Lebzeiten des Kindes gehabt habe. Die Succession geschehe also hier nur in die Proprietät, und in Ansehung derselben hätten Alle gleiche Rechte.

Stryk, de succ. ab int. diss. 2. c. 1. §. 13 u. 25.
Rotgersius, de succ. legit. cap. 10. §. 18.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 573.
Malblanc, princ. jur. sec. ord. D. §. 512.
Hufeland, Lehrb. des Civilrechts §. 939. Not.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 434.
Seuffert, Pand. §. 488.
Schweppe, röm. P.-R. §. 834 a.
Thibaut, System §. 363 u. §. 668.

Andere meinen, daß der Vater den Nießbrauch zwar verliere, so weit er mit Geschwistern des Verstorbenen zusammentreffe, den Nießbrauch aber behalte in Betreff derjenigen Portion, welche auf die miterbende Mutter falle; weil Justinian in der Nov. 118 dem Vater nur den Nießbrauch an den Erbtheilen der mit ihm erbenden Kinder entzogen habe. In Beziehung auf den Erbtheil der Mutter behalte also der Vater das Recht, welches ihm nach L. 7. §. 1 C. ad SC. Tertull. zugestanden habe.

Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 5. §. 11.
Gebr. Overbeck, Meditation. Bd. 2. Med. 79.

Andere erklären sich allgemein für Erlöschung des Nießbrauchs, einerlei ob der Vater mit Geschwistern oder mit der Mutter des Verstorbenen concurrire. Denn die schon rein grammatische Interpretation der Nov. 118. c. 2 bestätige diese Ansicht, indem Justinian ganz allgemein sage, der Vater solle keinen Nießbrauch an den Portionen der Miterben geltend machen dürfen. Hierzu komme, daß Justinian für den Fall, wenn das Hauskind Descendenten hinterlasse, ausdrücklich das alte Nießbrauchsrecht bestätige, sowohl in Bezug auf neuen Erwerb desselben, als auf Beibehaltung des schon vorhandenen, Nov. 118. c. 1. Ginge nun in unserem Falle das Verbot bloß auf das Erstere, so würde man mit vollem Rechte eine ausdrückliche Bestätigung des Letztern erwarten dürfen. Für diese Ansicht spreche auch noch die Betrachtung, daß der Nießbrauch des Vaters an dem pecul. advent. offenbar Folge der väterlichen Gewalt sei, und eben darum der Regel nach mit jedem Aufhören derselben erlösche. Daß derselbe vor der Nov. 118 nach dem Tode des Hauskindes noch bestehen bliebe, sei eine Singularität, die man zur Entschädigung des Vaters wegen des ihm entzogenen Erbrechts angenommen habe. Justinian aber habe ihm ja ein Erbrecht gegeben, und es habe also dieser Entschädigung nicht mehr bedurft. Endlich werde die Richtigkeit dieser Ansicht bei Julian in Epit. Nov. const. 394 bestätigt, wo derselbe ausdrücklich sage: ut tamen pater usumfructum partis ad filium vel filiam pertinentis nullum habeat, sed pleno jure apud filium vel filiam maneat. Ueberall werde zwar nur gesagt, daß die Kinder für ihren Vater keinen Nießbrauch erwerben sollten; jedoch werde für diese Ansicht der Umstand beweisend sein, daß ausdrücklich erklärt werde, es solle kein Unterschied sein, ob die miterbenden Geschwister noch in der Gewalt des Vaters seien oder nicht.

Glück, Intestaterbf. §. 174.
Voet, Comm. ad Dig. lib. 38. tit. 17. § 11.
Koch, succ. ab intest. §. 47.
Roßhirt, Erbrecht S. 339.
Löhr im civ. Archiv Bd. 10. S. 165.
Zimmern, Rechtsgesch. I. §. 190.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 569.
Puchta, Pand. §. 429. Anm.
Mayer, Erbrecht §. 77.
Braun, Dictate S. 354.
Fritz zu Wening-Ingenheim §. 434.
v. Vangerow, Pand. §. 416. Not. 3.
Marezoll, Zeitschrift Bd. 13. S. 207.
Sintenis, Civilr. §. 141. Not. 43.

XVI.

Wenn in väterlicher Gewalt stehende Kinder ihre

Mutter ab intestato beerben, so erwirbt der Vater an deren Erbtheilen den Nießbrauch; sind dieselben aber aus der väterlichen Gewalt entlassen, oder Enkel von solchen vorhanden, oder wird jene auch von Töchterkindern beerbt, welche niemals darin stehen können, so soll der Ehemann der Erblasserin dennoch an einem Kopftheil den Nießbrauch erhalten. Diese Bestimmungen der L. 3 C. de bon. mateen. 6, 60 neben den neuern intestaterbrechtlichen Bestimmungen in Nov. 118 u. 127 waren als angeblich nicht mehr praktisch ziemlich in Vergessenheit gerathen, bis man, durch Schrader, civil. Abhandl. Bd. 1. Nr. 4, darauf aufmerksam gemacht, an der praktischen Bedeutung derselben nicht mehr zweifelt. Der Nießbrauch des Vaters ist eine Art praemium emancipationis, und beschränkt gewissermaßen das Intestaterbrecht der Descendenten. Bei der Berechnung des Kopftheils des Nießbrauchs des Ehemanns der Erblasserin ist man nun zwar in folgenden Punkten einverstanden:

a) Ist z. B. ein in väterlicher Gewalt stehendes und ein aus derselben entlassenes Kind vorhanden, so erhält der Vater, kraft der väterlichen Gewalt, den Nießbrauch an dem ganzen Erbtheile des in der Gewalt stehenden Kindes, und kraft der L. 3 C. cit. den Nießbrauch an der Hälfte des Erbtheils des aus der Gewalt entlassenen Kindes (der Kopftheil ist also gleich $^1/_4$ des Ganzen).

b) Ist ein Stiefkind und ein aus der Gewalt entlassenes Kind vorhanden, so erhält der Ehemann der Erblasserin gleichergestalt nur an der Hälfte von des Letzteren Erbtheil den Nießbrauch (den Kopftheil wie ad a).

c) Sind ein Stiefkind, ein aus der Gewalt entlassenes und ein darin stehendes Kind vorhanden, so beträgt der Kopftheil die Hälfte der Erbportion des zweiten Kindes, also $^1/_6$ des Ganzen.

S t r e i t i g i s t j e d o c h d i e B e r e c h n u n g d e s N i e ß b r a u c h s d e s G r o ß v a t e r s, w e n n E n k e l m e h r e r S t ä m m e (w o r u n t e r m ö g l i c h e r W e i s e a u c h s o l c h e, d i e e i n S o h n e r s t n a c h d e r E m a n c i p a t i o n e r z e u g t h a t) a l l e i n o d e r m i t K i n d e r n z u s a m m e n v o r h a n d e n s i n d.

Einige meinen, wenn die hinterlassenen gemeinschaftlichen Descendenten Enkel sein sollten, oder sich doch Enkel unter ihnen befänden, so solle auch hier der Großvater nach den klaren Worten des Gesetzes: „idem avus vicilis cum ipsis poctionis habeat usumfructum" eine Virilportion des Nießbrauchs haben. Wenn aber Enkel von mehren Stämmen vorhanden seien, so solle der Großvater in solchem Falle mit jedem Stamme seiner Enkel besonders in capita erben. Wären also etwa von zwei verstorbenen Kindern Enkel vorhanden, von dem einen zwei, von dem andern drei, so erhielte der Großvater von jeder Stammhälfte seine poctio vicilis, so daß er also von der einen Hälfte $^1/_3$ und von der andern $^1/_4$, also $^1/_6$ und $^1/_8$ vom Ganzen oder überhaupt $^7/_{24}$ des Nießbrauchs bekomme. Hätte aber die Erblasserin etwa zwei Söhne und von einem verstorbenen Sohne drei Enkel hinterlassen, welche alle auch Descendenten des Wittwers und nicht in seiner väterlichen Gewalt wären, so erhalte der Wittwer von den Portionen der beiden Söhne $^1/_3$ und von der Portion der Enkel $^1/_4$ des Nießbrauchs, also vom Ganzen $^2/_9 + ^1/_{12} = ^{11}/_{36}$.

Schrader, Abhandl. aus dem Civilr. Bd. 1. S. 129.
Glück, Intestaterbf. S. 302.
Roßhirt, Erbr. S. 182.

Andere stellen die Regel auf: um die poctio vicilis zu berechnen, zähle man alle emancipirten Söhne und diejenigen E n k e l s t ä m m e zusammen, in denen sich emancipirte Enkel befinden; diese Zahl um Eins vermehrt, gebe die dem Vater gebührende Quote, und nach Abzug derselben würde die Masse wie gewöhnlich unter die Stämme vertheilt. Hiernach würden denn die beiden vorhin angeführten Beispiele so zu entscheiden sein, daß der Großvater in dem ersten Falle von einem Drittheile, in dem zweiten von $^1/_4$ der Erbmasse den Nießbrauch erhielte. Hierfür sprächen folgende Gründe:

Die Fassung der L. 3 Cod. cit. sei allerdings mindestens sehr ungenau, und namentlich könnten die Worte des §. 2 s i u n u s etc. und das mehrfach wiederkehrende „v i c i l i s p o r t i o" auszudrücken scheinen, daß, wenn ein Großvater nur mit Enkeln des einzigen Kindes zusammentreffe, ihm nicht an der Hälfte des Nachlasses, sondern nur an einem mit Rücksicht auf die Zahl der Enkel auszusetzenden Kopftheil der Nießbrauch zustehen solle, woraus nun weiter zu schließen sein würde, daß dasselbe Prinzip auch dann zur Anwendung kommen müsse, wenn sich die Concurrenz anders und mannigfaltiger gestalte; auch scheinen im §. 4 Kinder und Enkel sogar ausdrücklich zusammengeworfen zu sein. Gleichwohl widerstreite dies so sehr aller Consequenz, daß man gerechte Bedenken gegen eine solche Vermischung hegen dürfe. Hiernach wird deducirt: „In L. 3. §. 2 u. 3 cit. ist die ausdrücklich ausgesprochene Absicht, daß die neue Rechtsnorm nicht auf die Kinder ersten Grades beschränkt sein solle, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur, zu verwirklichen unternommen worden. Da nun den Enkeln gegenüber avus hoc jure utatue, quod de filiis constitutum est, die filii aber bei Annahme der hier bestrittenen Ansicht wirklich deteriores nepotibus sein würden, andererseits aber, wenn filii und nepotes eines Stammes zusammentreffen, doch die Erbtheile des ersteren nicht nach der Kopfzahl der letzteren sich bestimmen, für Kopftheile aber ein technisches Substantivum in der lateinischen Sprache mangelt, so kann kein Zweifel übrig bleiben, daß, wie poctio virilis bei solchem Zusammentreffen das Erbtheil eines filius bezeichnet, an einem solchen also der Vater den Nießbrauch haben soll, es auch dann nichts Anderes, als einen Stammtheil bedeuten kann, wenn der Großvater mit Enkeln allein, selbst wenn dieselben von einem einzigen Sohne abstammten, concurrirt, und nur der Kürze wegen, in Ermangelung eines andern Ausdrucks, dafür gebraucht ist."

Puchta, Vorles. II. S. 314 u. 315.
Baumeister, Anwachsungsrecht u. Miterb. S. 66.
Sintenis, Civilrecht III. §. 165. Not. 4.

Andere meinen, auch wenn Enkel von verschiedenen

Stämmen vorhanden seien, müsse dem überlebenden Wittwer der Nießbrauch eines **Kopftheils** zugewiesen werden. Denn in den Worten der L. 3 cit. werde ausdrücklich eine Virilportion erwähnt, ohne daß auch nur im Entferntesten auf Stammtheile hingedeutet werde, und außerdem würden auch kurz vorher die beiden Fälle: ob Enkel von einem Kinde oder von mehren vorhanden seien, sich ganz gleichgestellt, verb.: si unus vel una pluresve nepotes ex filio uno vel pluribus procreati sunt, (maritus) hoc jure utatur, quod de filiis constitutum est.

Ferner gebe das historische Verhältniß zur Richtigkeit dieser Ansicht Aufklärung. Nach einer Verordnung vom Jahre 389, L. 4 C. Theod. de legit. hered. 5, 1. L. 9 C. Just. de suis et legit. 6, 55, sei das Verhältniß der Succession in das Vermögen der Mutter und Großmutter ganz eigenthümlich gewesen. Die Enkel und Enkelinnen einer Tante sollten nämlich ihren Onkeln und Tanten, also den liberis primi gradus ein Drittheil ihres Erbvermögens im Voraus lassen. Bei dieser Sachlage seien die Kaiser in Beziehung auf die Bestimmung des Theils für den Nießbrauch des Vaters sehr genirt gewesen, da hier weder Viril- noch Stammsuccession stattgefunden. Wahrscheinlich hätten sie auch die ohnehin schon gravirten Enkel und Enkelinnen nicht weiter drücken wollen, und so seien sie auf den Gedanken gekommen, daß es das Einfachste sei, den Vater eine Virilportion unter allen Umständen **vorweg** nehmen zu lassen, vorbehaltlich der allgemeinen Successionsrechte in diesen Theil quoad proprietatem. Die L. 3 cit. über den Nießbrauch des Vaters sei vom Jahre 426, also nicht lange nach der obenerwähnten Verordnung erlassen,

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 415.
Roßhirt, Zeitschr. I. S. 386.

und soll auch Schrader in seinen Vorlesungen nach Baumeister's Angabe l. c. S. 64 dieser Ansicht später beigetreten sein.

C. **Dritte Klasse.**

Glück, Intestaterbfolge §. 189.
Koch, success. ab intest. §. 93.

I.

Wenn Halbgeschwister allein succediren, so erben sie nach Köpfen.

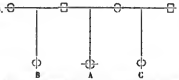
Streitig ist aber, wenn Halbgeschwister von verschiedener Art, nämlich consanguinei und uterini concurriren, ob dann nicht auf den Ursprung und Unterschied des Vermögens Rücksicht zu nehmen sei*).

Einige meinen, es müsse auf den Ursprung des Vermögens des Verstorbenen gesehen werden, so daß die consanguinei das väterliche (also in dem Beispiele B 8000 Thlr.) und die uterini das mütterliche Vermögen (also oben C 2000 Thlr.) zum Voraus bekämen. Man beruft sich auf L. 13. §. 2 C. de legit. hered. und die Nov. 84. c. 2, und diese Gesetze seien durch Nov. 118 nicht abgeändert. Diese Meinung soll auch in der heutigen Praxis angewandt werden. Es soll dabei jedoch der Unterschied der Güter, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, nur in Ansehung desjenigen Vermögens statthaben, welches **unmittelbar** vom Vater oder von der Mutter herkomme; denn was der Verstorbene von den übrigen väterlichen oder mütterlichen Verwandten geerbt habe, werde zur gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse gerechnet.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 9. cap. 4.
Forster, de hered. quae ab intest. lib. 8. cap. 8.
Struv, syst. jur. civ. exerc. 38 th. 35.
Stryk, de succ. ab int. diss. 3. c. 1. §. 22.
Wernher, lectiss. comm. ad P. lib. 38. tit. 17. §. 16.
Walch, introd. in controv. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 5. §. 18.
Leyser, sp. 423. med. 1 u. 2.
Müller ad Leyser. obs. 670.
Ludolff, systemat. Entwicklung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 146.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 1. Med. 34.

Andere meinen, es führe nicht allein zu bedeutenden praktischen Inconvenienzen, wenn man die Theilung des Vermögens eintreten lasse, sondern diese Ansicht sei auch der römischen Idee einer Universalsuccession zuwider und widerspreche dem Geiste der Nov. 118. Auch sei es ganz unwahr, daß vor der Nov. 118 eine solche Singularität bestanden habe. Zwar würden in L. 13. §. 2 de legit. hered. (6, 58) allerdings nur die fratres et sorores ex eadem matre zu den bona materna gerufen und also in Betreff dieser Güter den consanguinei vorgezogen; unter fratres et sorores ex eadem matre seien aber nicht die uterini, sondern vielmehr die germani verstanden, wie aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes und insbesondere auch noch daraus hervorgehe, daß die uterini erst zwei Jahre später (nämlich 534) ein Erbrecht unter den Agnaten erhielten (vergl. auch L. 15. §. 2 C. eod.). Daß aber von **dieser** singulären Bestimmung der L. 13 cit. keine Anwendung mehr zu machen sei, seitdem später vollbürtige Geschwister die bloßen consanguinei ganz ausschlössen (Nov. 85 u. 118), verstehe sich von selbst. — Wäre aber auch jene angebliche Singularität des älteren Rechts gegründet, so würde man doch nothwendig behaupten müssen, daß dieselbe durch Nov. 118 aufgehoben sei. Denn diese Nov. sei nicht bloß ein correctorisches Gesetz, sondern es werde darin die Verwandtensuccession von Grund aus neu regulirt, so daß Bestimmungen des früheren Rechts nur insofern noch auf Geltung Anspruch hätten, als sie durch Wort oder Geist der Nov. 118 bestätigt würden. Im gegenwär-

*) z. B.



A stirbt ohne Testament und hinterläßt einen Halbbruder von mütterlicher Seite, B, und einen Halbbruder von väterlicher Seite her, C. Nun hat der verstorbene A von seinem Vater 8000 Thlr., von seiner Mutter 2000 Thlr. geerbt, und außerdem noch anderes Vermögen erworben. Es fragt sich also, wie werden sich B und C in die Erbschaft theilen?

tigen Falle fehle es nun aber nicht nur an einer solchen Bestätigung, sondern es würden vielmehr in c. 3 die consanguinei und uterini als gleichberechtigt zusammenberufen, verb.: „ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt, sive per patrem solum, sive per matrem".

Höpfner, Instit. §. 699.
Koch, success. ab intest. §. 82.
Holzschuher, princ. jur. civ. §. 1426.
v. Vangerow, Pand. §. 417.
Francke, Beiträge S. 162.
Guyet, Abh. S. 15.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 693.
Thibaut, System §. 862.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 635.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 436.
Puchta, Lehrbuch §. 455 a. E.
Hugo, Magazin Bd. 4. S. 193.
Roßhirt, Gebrecht S. 372.
und die in Glück's Intestaterbfolge §. 189. Not. 35 Genannten.

II.

Streitig ist, wie sich die gesetzliche Erbfolge zwischen leiblichen und durch Adoption gewonnenen Geschwistern verhalte.

Einige meinen, die leiblichen Geschwister succedirten dem adoptatus ebenso, wie wenn keine Adoption erfolgt wäre, also in der zweiten und resp. in der dritten Klasse, und die durch die Adoption gewonnenen Geschwister succedirten als consanguinei in der dritten Klasse in Concurrenz mit leiblichen consanguinei oder uterini, und ganz dasselbe müsse auch von dem Erbrecht des adoptatus in das Vermögen der leiblichen oder Adoptivgeschwister angenommen werden. (Siehe die Gründe bei Intestaterbfolge, erste Klasse Controv. 15.)

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 515.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 412.

Andere meinen, der plene adoptatus beerbe seine leiblichen Geschwister, wenn sie vor der Adoption vollbürtig gewesen seien, in der dritten, seien sie aber bloß uterini gewesen, in der vierten Klasse (s. die Gründe ebendas.).

Löhr in Hagemeister u. Günther's Archiv für die Rechtsgelehrsamkeit Bd. 5. Nr. 9.

Präjudiz 1.

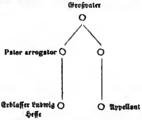
Das OLG. zu Wolfenbüttel hat unterm 15. Mai 1851, in S. Hesse c. Hesse'schen Curator, folgenden Bescheid abgegeben:

. . . Da

1) zur Begründung des Erbfolgerechts das bloße Anführen,

„daß der Appellant ein Agnat des Ludwig Hesse geworden sei",

nicht genügt, vielmehr die Darlegung der Umstände gehört haben würde, aus denen sich die Richtigkeit jener Behauptung, welche eine Folgerung enthält, übersehen und erkennen ließe, daß zwischen dem Appellanten und dem Erblasser Ludwig Hesse ein Agnationsverhältniß durch die Arrogation des Letzten entstanden sei — mithin, wenn auch ein Gegenbeweis davon, aus dem Umstande, daß der pater arrogator des Ludwig Hesse zur Zeit der Arrogation sui juris und pater familias gewesen sein müsse, nicht ohne Weiteres hervorgehen sollte — unter Anderm wenigstens hätte behauptet werden müssen, daß der Großvater des Appellanten und Vater des pater arrogator des Erblassers, zur Zeit der Arrogation des Erblassers Ludwig Hesse noch am Leben gewesen sei, weil nach dem Tode desselben zwischen seinen erst nachher erzeugten Nachkommen oder den Adoptiv- oder arrogirten Kindern, ein Verhältniß zu denen einer anderen von ihm abstammenden Linie, also Seitenverwandten wie hier,



kein Agnatenverhältniß mehr entstehen konnte,

arg. L. 195. §. 2 in f. de verb. sign. 50, 16.
L. 1. §. 10 in f. §. 11 de suis et legit. 38, 16.

2) diesem auch nicht entgegensteht, daß die Fortdauer von Zuständen, und so auch des Lebens eines Menschen vermuthet werde, weil solcher Satz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, vielmehr Leben oder Tod eines Menschen an sich res facti sind, und also bei processualischen Rechtsverfolgungen behauptet werden muß, daß ein Antrag sich auf jenes oder dieses gründet,

Weber, über Beweisführung S. 231.

so wird ꝛc.

III.

Streitig ist, ob eheliche Kinder von väterlicher Seite die unehelichen von dem Vater herrührenden Geschwister beerben.

Einige bejahen dies, weil der Grund, weshalb nach älterem Rechte ein Anderes gegolten, bloß in dem Unterschiede der Agnation und Cognation gelegen habe, dieser aber nach Novellenrecht gänzlich aufgehoben sei.

Koch, success. ab intest. §. 93.

Andere meinen, die Frage sei zu verneinen wegen L. 4 D. unde cognati, und weil jener Unterschied in der Nov. 118 nur in Ansehung der legitimen Verwandten aufgehoben sei; es könnten daher die ehelichen Kinder den unehelichen Kindern ihres Vaters ebensowenig succediren, als zwei von einem Vater mit mehren Müttern außer der Ehe erzeugte Geschwister einander succedirten, weil es an dem legitimen Verwandtschaftsbande fehle.

Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 125.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 516.
Stryk, de success. ab int. diss. 3 c. 1. §. 35—37.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 680.

Dabei verstehe sich von selbst, daß es rücksichtlich der Uterinen anders sei, indem diese sich untereinander, so wie allen Collateralen von mütterlicher Seite succediren.

Glück, Intestaterbfolge §. 187.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 516.

IV.

Halbgeschwisterkinder succediren, wenn sie allein vorhanden sind, nach Köpfen.

Streitig ist aber, wie die Succession stattfinde, wenn halbbürtiger Geschwister Kinder mit einem Vaters- oder Mutter-Bruder, oder einer Vaters- oder Mutter-Schwester des Verstorbenen concurriren.

Es bestehen hier dieselben Meinungen, gestützt auf dieselben Gründe, wie bei der Succession der vollbür-

tigen Geschwisterkinder in Concurrenz mit Oheimen oder Tanten. Siehe Intestaterbfolge, zweite Klasse Controv. 9—12.

Vergl. auch Glück, Intestaterbfolge §. 191 und §. 184.

D. Vierte Klasse.

Glück, Intestaterbfolge §. 193.

I.

Streitig ist, ob in der vierten Klasse die volle Geburt ein Vorrecht vor der halbbürtigen Verwandtschaft begründe.

Einige bejahen dies und suchen dies nach den in Deutschland üblichen Rechten und Statuten zu beweisen.

Krohn, Versuche, die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburt vor der halben in Erbschaftsfällen betreffend (1746).

Andere meinen, in den Gesetzen Nov. 118. c. 3. §. 1 sei ein Unterschied dieser Art nirgend ausgesprochen, und deshalb stände vollbürtige und halbbürtige Verwandtschaft sich in dieser Klasse gleich.

Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 15.
Glück, Intestaterbfolge §. 193.
Pufendorf, obs. 192 u. 193.

Intestaterbfolge.

Vom Einfluß der mehrfachen Verwandtschaft.

Koch, diss. de cognatis duplic.
Klüpfel, über die Vielfachheit der Verwandtschaft und ihre Wirkungen, besonders in Rücksicht auf das Recht der Erbfolge (1792).
Koch, Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten (1798).
Hugo im civil. Magazin Bd. 4 Nr. 7. S. 184 f.
Brinkmann, Erbfolge nach dem Code Napoléon §. 117 f.
Klüpfel, Versuch einer neuen Demonstration des mehrfachen Erbrechts der Mehrverwandten in dessen Schrift über einzelne Theile des bürgerl. Rechts Nr. 4. S. 47—69 (1817).
Hüttner, ausführliche Entwickelung der Lehre von der gesetzl. Erbfolge §. 34.

I.

Streitig ist, inwiefern durch mehrfache, durch die Ehe entstandene Verwandtschaft ein Recht auf einen größeren Erbantheil begründet werde.

Einige meinen, das römische Recht habe zwar bei der Intestaterbfolge die Bandesduplicität oder Vollbürtigkeit berücksichtigt, und dieser bei der Erbfolge der Geschwister und deren Kinder einen Vorzug vor der Halbbürtigkeit beigelegt, allein eine Duplicität der Verwandtschaft, welche ein Recht zu einer doppelten Erbportion gebe, kenne das römische Recht nicht. Die Erbfolge der Descendenten und Ascendenten sei zwar eine successio linealis; allein diese habe nur die Eigenschaft, daß die Mehren, welche eine Linie bilden, eine Portion erhielten; von einer doppelten Portion sei nirgends die Rede.

Brunnemann, dec. 20.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 38. 17. §. 38.
Weißer, Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade §. 20.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 134.

Andere meinen, nur ein mehrfacher Descendent könne vermöge des Repräsentationsrechts einen mehrfachen Erbantheil verlangen; in Ansehung der mehrfachen Ascendenten und Seitenverwandten hingegen verhelfe die mehrfache Verwandtschaft nicht zu einer größeren Erbportion.

Dabelow, Handbuch des heut. gem. röm.-deutsch. Privatrechts §. 1041.

Andere meinen, ein Mehrfachverwandter solle in jedem Falle einen mehrfachen Erbantheil erhalten, er sei Descendent, Ascendent oder Seitenverwandter, es werde nach Stämmen, Linien oder Köpfen geerbt. Denn die Frage, ob ein Mehrfachverwandter ein mehrfaches Erbrecht habe, könne nicht aus den Gesetzen über die Art zu theilen entschieden werden, weil sein Erbrecht sich nicht vermöge der Theilungsart, sondern vermöge des Rechts zu succediren vervielfältige. Es sei aber auch diese Lehre selbst den Gesetzen über die Art zu theilen gemäß. Denn wenn in den Gesetzen verordnet werde, daß in bestimmten Fällen nach Köpfen succedirt werden solle, so sei dies nicht absolut, sondern nur im Gegensatz der Erbfolge nach Stämmen zu verstehen. Wenn daher die Nov. 118. c. 3. §. 1 bei Bestimmung der Erbfolge entfernterer Collateralen sage: Si autem multi ejusdem gradus inveniantur, pro numero personarum inter eos hereditas dividatur; id quod leges nostrae in capita appellant, so wolle sie damit unter denselben nur die Erbfolge in die Stämme ausschließen, keineswegs aber verordnen, daß ein Mehrfachverwandter unter keinen Umständen eine mehrfache Erbportion erhalten solle. Die Frage über einen solchen Fall scheine zwar die Nov. unberührt gelassen zu haben, allein da doch dieselbe bei ihren Bestimmungen die allgemeinen Grundsätze von Berechnung der Grade voraussetze, so müsse bei der Bestimmung des Erbrechts der mehrfachen Seitenverwandten auch die größere oder geringere Distanz derselben nach Graden, von jeder der mehren Seiten umsomehr in Betracht kommen, als der mehrfache Seitenverwandte bei einer gleichen Distanz nach Graden eine mehrfache Person vorstelle, und folglich auch einen mehrfachen Erbantheil erhalten müsse.

Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 18. def. 26.
Struv, synt. jur. civ. T. II. exerc. 38. §. 36.
Müller ad eundem not. ε.
Wernher, lect. comm. ad P. 38. 17. §. 18.
Klüpfel, Versuch einer neuen Demonstration des mehrfachen Erbrechts der Mehrverwandten §. 7—11.

Andere stellen das Prinzip auf: eine mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser gebe zwar da, wo nach Köpfen geerbt werde, nie das Recht zu einer mehrfachen Erbportion, wohl aber bei der Erbtheilung nach Stämmen oder Linien. Denn das letztere bringe die Natur einer successio in stirpes oder lineas mit sich, während das erstere der Natur der Kopftheilung, bei welcher jeder nur einmal gezählt werde, gemäß sei. Die Ansicht, daß in dem Falle, wo nach Köpfen geerbt werde, die Mehrheit der Verwandtschaft in Betracht komme, sei deshalb unrichtig. Im Uebrigen ließen sich zwei Fälle denken:

a) Mehrfache Ascendenten concurriren neben vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen oder deren

Söhnen und Töchtern. Hier müßten die zur Erbfolge gelangenden Ascendenten nach der Anzahl der Personen gerechnet werden, und mit den concurrirenden Seitenverwandten des Erblassers einen gleichen Erbantheil erhalten. Die Nov. 118. c. 2 sage ausdrücklich: Si cum ascendentibus inveniantur fratres vel sorores defuncto per utrumque parentem conjuncti, cum ascendentibus gradu propinquioribus vocabuntur, hereditate scilicet inter se pro numero personarum dividenda, ut quilibet ascendentium et fratrum aequalem partem habeat. Es sei nämlich unmittelbar vorher von der Linealerbfolge der Ascendenten die Rede gewesen, nach welcher die Erbschaft so vertheilt werden sollte, ut dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcunque illi sint, accipiant, reliquam vero dimidiam ascendentes materni, quotcunque eos inveniri contigerit. Hierin liege der offenbare Beweis, daß, falls die Succession nach Kopftheilen stattfinde, auf die Verschiedenheit der Linien keine Rücksicht genommen werden solle.

b) Es sei bloß von Seitenverwandten die Rede. Hier könne von einer Mehrheit der Verwandtschaft nur bei den entfernten Seitenverwandten die Frage entstehen, welche auf die voll- und halbbürtigen Geschwister und deren Söhne und Töchter folgten, und also zur vierten Klasse gehörten. Daß nun aber hier die mehrfache Verwandtschaft zu einer größeren Portion kein Recht gebe, erhelle daraus, weil hier die Erbschaft nach der Nov. 118. cap. 3. §. 1 ebenfalls secundum personarum numerum vertheilt werden solle, worin, wie Justinian sage, die Natur einer successio in capita bestehe. Es könne und solle also hier auf alle diejenigen Bestimmungen keine Rücksicht genommen werden, von welchen in den vorherigen Capiteln die Rede gewesen.

Das Erbrecht selbst entscheide sich in der vierten Klasse bloß nach der Nähe oder Gleichheit des Grades. Es könne also bei einer gleichen Distanz nach Graden ein und derselbe Kopf, ohne offenbaren Widerspruch, nie eine mehrfache Person vorstellen. Denn dies könne nur bei einer successio in alterius locum geschehen. Diese finde aber nicht einmal bei Geschwisterkindern statt, wenn sie nach Köpfen succediren.

Rutgersius, de succ. legit. cap. 7. §. 78.
Koch, Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession §. 5 u. 6.
Hugo, Pandekten §. 115.
Hufeland, Lehrb. des Civilrechts §. 1085.
Zachariä, Institut. S. 667.
Schweppe, röm. P.-R. §. 833.
Mackeldey, Institut. §. 385.
Glück, Intestaterbfolge §. 40.
Sintenis, Civilr. §. 164. Not. 17.
Thibaut, System §. 855.

Intestaterbfolge.

Intestaterbrecht der armen Wittwe*).

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 6. S. 362. Bd. 8. Nr. 13.
Martin, Rechtsgutachten Bd. 1 a. E.
Pfeiffer, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG. zu Cassel Bd. 3. Nr. 35.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 6. S. 268.
Stryk, de success. ab intest. diss. 4. c. 1. §. 4.
Glück, Intestaterbfolge §. 117 f.
Löhr in seinem Magazin Bd. 3. S. 359.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 59 f.
Roßhirt, Erbrecht S. 186.
Francke, Notherbenrecht S. 481 f.
v. Vangerow, Pand. §. 488.
Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 2 f.

I.

Streitig ist, ob ein Intestaterbrecht nur der überlebenden Wittwe, oder ob es auch dem überlebenden Wittwer zustehe.

Einige meinen, dies Erbrecht stehe sowohl der Wittwe als dem Wittwer zu. Denn sowohl der Wittwe als dem Wittwer sei solches Erbrecht durch Nov. 53 eingeräumt, und durch Nov. 117 dem Wittwer nicht entzogen. Die Nov. 117 rede nur von dem Falle, wenn der Mann seine Frau ohne Ursache verstoßen habe, und verordne, daß er alsdann nichts von ihr erben solle. Dies werde auch durch die Authentica Praeterea Cod. unde vir et uxor bestätigt. Die Schlußworte des cap. 5 der Nov. 117: „Virum enim in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram legem, ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus" deuteten darauf hin, daß auf die unmittelbar vorhergehenden Worte der Nov., nämlich wenn der Mann seine Frau ohne Ursache verstoßen habe, Beziehung genommen sei. Ueberdies sei es in der Praxis ausgemacht, daß der Mann ein gleiches Erbrecht wie die Frau habe.

Huber, prael. ad Instit. lib. 3. tit. de success. ab int. §. 18.
Warnher, lectiss. comment. in Pand. T. II. lib. 38. tit. 11. §. 4.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. c. 4. membr. 5. §. 20.
Koch, success. ab int. §. 110.
Höpfner, Institut. §. 702.
Weber, Erläuter. der Pand. §. 1657.

Andere meinen, daß das Erbrecht nur der Wittwe

*) Justinian hat dieses Erbrecht mit den Vermögensstrafen des gesetzlich nicht gerechtfertigten Repudii in Verbindung gebracht, woraus praktische Folgen gezogen werden. Nach L. 8 C. de repud. (Nov. 22. c. 15 u. 16) war bestimmt, daß, wenn der Mann der Frau ohne hinreichende Ursache einen Scheidebrief gebe, er ihr dos und propt. nupt. donat. herausgeben solle; wenn die Frau dem Manne, so behalte dieser Beides. Hierbei waren noch andere Bestimmungen über die Nachtheile des Schuldigen bei rechtmäßigem Repudium und die Erhaltung des Gewonnenen für die Kinder hinzugefügt. War nun weder dos, noch propt. nupt. donat. bestellt, so trat beim Mangel eines Strafobjects Straflosigkeit ein. Dieser Lücke half Justinian dadurch ab, daß er in L. 11. §. 1 eod. für einen solchen Fall ein Viertheil des Vermögens des schuldigen Theils bestimmte, wenn es nur nicht 100 Pfund Gold übersteige. Darauf verordnete er in Nov. 53. c. 6 pr., daß, in Betracht, daß, wenn keine dos oder propt. nupt. donat. bestellt worden, die Wittwe nach des Mannes Tode oft in die äußerste Noth gerathe, ihr dann billig ein Erbrecht neben den Kindern zustehen müsse. Diese Vorschrift solle für Wittwen und Wittwer gemeinschaftlich gelten. Endlich kam Justinian nochmals in Nov. 117 auf diese Verordnungen zurück, und setzte nunmehr fest, daß in beiden Fällen, der Ehescheidung wie der Trennung der Ehe durch den Tod, nur die Frau Ansprüche auf das Viertheil habe, an Stelle dieses aber, wenn mehr als drei Kinder vorhanden seien, Kindestheil treten solle.

Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 2.

zustehe. Die Nov. 117 rede ausdrücklich von der Frau und verordne, daß sie in jedem Falle Ansprüche auf die Quart haben solle, der Mann habe sie mit Unrecht verstoßen, oder sie habe mit ihm bis zu seinem Tode in der Ehe gelebt. Von dieser utraque specie oder utroque casu rede das Gesetz überall, so daß nach dem Zusammenhange anzunehmen sei, Justinian habe eine für beide Fälle gemeinschaftliche Verfügung treffen wollen. Es ergebe sich daher, daß die Worte in ejusmodi casibus nicht bloß von dem einen Falle verstanden werden könnten, wo der Mann die Frau widerrechtlich verstoßen habe, weil es sich ja schon von selbst verstanden habe, daß in diesem Falle der Mann die Frau nicht beerbe. Wenn nun Justinian dabei seiner früheren Verordnung ausdrücklich gedenke, so lasse sich nicht bezweifeln, daß das frühere Gesetz durch Nov. 117 in Rücksicht des Ehemanns gänzlich habe aufgehoben werden sollen, wie auch die letzteren Worte: maritum quartam partem secundum priorem nostram legem ex substantia uxoris capere omnibus modis prohibemus ausdrückten. Diese Meinung endlich bestärken die Basiliken, in denen es heißt: *τὸν δὲ ἄνδρα ἄπορον ὄντα, καὶ μὴ ἐπιδιδόντα τὴν διὰ γάμον δωρεάν, λαμβάνειν τι ἐκ τῆς οὐσίας τῆς γυναικὸς πᾶσι τόποις κωλύομεν, εἰ μὴ ἄρα αὐτῷ ἡ συνοικοῦσα δωρήσασθαί τι ἢ καταλεῖψαι βουληθείη,* d. h. maritum autem inopem, qui nullam donationem propter nuptias dedit, aliquid ex substantia uxoris suae capere omnibus modis prohibemus, nisi uxor ei aliquid donare voluerit, aut relinquere. Die Stütze in der Authentica Praeterea Cod. unde vir et uxor sei schwach, denn wäre sie der Nov. entgegen, so würde auf sie ohnehin nichts ankommen. Allein die Worte: Si matrimonium sit absque dote, conjux autem praemoriens locuples sit bewiesen, daß auch diese Authentika bloß von der Wittwe zu verstehen sei. Nur die Partikel *γάρ*, enim, in den letzten Worten des cap. 5 der Nov. 117 mache einige Schwierigkeiten. Allein nehme man auch an, daß die letzten Worte einen Grund dessen enthalten, was in dem Vorhergehenden verfügt worden, so sei doch kein Grund vorhanden, sie auf das unmittelbar Vorhergehende zu beschränken. Weit natürlicher sei es, sie als den Grund anzusehen, warum in cap. 5 der Nov. 117 bloß von der Frau die Rede sei. Denn der Mann solle in keinem Falle, er habe die Frau ohne gerechte Ursache verstoßen, oder mit derselben bis an den Tod in der Ehe gelebt, auf die ihm in Nov. 53 gegebene Quart mehr Anspruch machen. Es könne aber auch das Wort *γάρ* soviel als autem bedeuten, um den nun folgenden Gegensatz zu bezeichnen, in welcher Bedeutung es auch in der Nov. 117. cap. 1 am Ende genommen werde.

> Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 24.
> Madiho, princ. jur. Rom. de success. §. 54.
> Hugo, Lehrb. der Pand. §. 118.
> Löhr im Magazin für Rechtsw. Bd. 3. Nr. 10. S. 359.
> Glück, Intestaterbfolge §. 118.
> Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 2.
> Arndts im Rechtslexikon S. 697.
> Roßhirt, Erbrecht §. 186.
> v. Vangerow, Pand. §. 488.

II.

Streitig ist, ob auch der Braut ein Successionsrecht in dem Falle zustehe, wenn der Bräutigam vor Vollziehung der Ehe unvermuthet stirbt.

Einige bejahen dies, namentlich in Fällen, wo entweder der Bräutigam zur Vollziehung der Ehe mit der geschwängerten Braut rechtskräftig verurtheilt worden, und es bloß an ihm gelegen, daß die Trauung unterblieben; oder wo der Bräutigam in dem Augenblick gestorben, wo er im Begriff gestanden habe, sich mit seiner Braut copuliren zu lassen. Es erfordere dies die Billigkeit, und der Umstand, daß Justinian die Braut einer Ehefrau auch bei dem privilegium dotis habe gleichstellen wollen.

> Huber, prael. jur. civ. ad P. 28. 1. §. 22.
> Stryk, de success. ab int. diss. 4. c. 1. §. ult.
> Pufendorf, obs. 245.
> v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. Nr. 28.

Andere meinen, aus theoretischen Gründen lasse sich die Gleichstellung der Braut mit der Ehefrau in Bezug auf das Successionsrecht nicht rechtfertigen. Das Gesetz spreche überall nur von einer wirklichen Ehefrau, wie die aus Nov. 53 u. 117 angeführten Worte deutlich zeigten. Eine Ausdehnung könne aber hier, wo von der Einführung eines neuen Erbrechts die Rede sei, um so weniger stattfinden, da auch aus anderen Gesetzen hervorgehe, daß Justinian die Braut einer Ehefrau nicht überall habe gleichstellen wollen. Auch in der Praxis werde eine durch Zufall verhinderte Ehe nur zum Vortheil des Kindes und seines Erbrechts, nicht aber auch zum Gewinn der Braut für vollzogen gehalten.

> Koch, successio ab intestat. §. 108.
> Weruber, lectiss. comment. in P. 38. 11. §. 1.
> Glück, Intestaterbfolge §. 119.

Vergl.

> Glück, Pand. Bd. 19. S. 105.

Präjudiz 1.

Folgender Rechtsfall kam zur Entscheidung:

Hans Juegen Schulte verlobte sich mit der Wittwe Behrens. In den errichteten Ehepacten versprachen beide Verlobte sich die wechselseitige Erbfolge nach der Regel: „Längst Leib längst Gut". Die constitutionsmäßig Verlobten ließen sich darauf, nach Vorschrift der Kirchenordnung, zweimal öffentlich aufbieten, und bezahlten den Mann- oder Trauthaler. Am Tage der priesterlichen Copulation wurde aber der Bräutigam auf dem Hingange nach der Kirche plötzlich durch einen Schlagfluß getödtet, und auf solche Weise die kirchliche Trauung verhindert. Ueber den Nachlaß des Bräutigams entstand nun zwischen dessen Schwester und der Braut ein Rechtsstreit, worin beide, jede für sich, das Successionsrecht behaupteten. Jene war Klägerin, diese die Beklagte. Das Erkenntniß des ersten Richters sprach der Klägerin die Erbschaft zu, weil durch die Trauung erst der Ehe die bürgerlichen Wirkungen beigelegt würden, und da solche nicht erfolgt, Beklagte nicht ex pacto successorio für des verstorbenen Bräutigams Erbin zu halten, vielmehr schuldig sei, zu manifestiren und den Nachlaß herauszugeben. Dieses Erkenntniß ließ die Verklagte, aus eigener Nachlässigkeit, in völlige Rechtskraft übergehen. Nachdem hierauf von derselben bei der Justizcanzlei die Appellationsinstanz vergebens versucht war, suchte sie in der Leuterungsinstanz das Restitutionsgesuch zu begründen und dann ihr Erbrecht weiter auszuführen. Es war also hier die streitige

Rechtsfrage zu entscheiden, ob der Braut aus den Ehepacten bei der durch Zufall unterbliebenen priesterlichen Copulation ein Succesionsrecht zustehe oder nicht?

Die Justizcanzlei würde sich für das Successionsrecht der Braut, ohne die Rechtskraft des Erkenntnisses, ausgesprochen haben, wie nachstehendes Erkenntniß vom Mai 1798 ergibt:

Wenngleich Verklagtin und Appellantin, jetzt Leuterantin, da die priesterliche Trauung nicht durch ihre Schuld, sondern bloß durch einen unvermeidlichen Zufall unterblieben, und der beiderseitige wirkliche Consens in die ordnungsmäßige unverzügliche Vollziehung der ehelichen Verbindung mittelst priesterlicher Copulation, durch das öffentliche Aufgebot und den angesangenen Hingang zur Kirche also genugsam erklärt worden, daß Leuterantin für des verstorbenen Hans Jürgen Schulte echte Ehefrau wohl zu halten, und das ihr aus der gerichtlich vollzogenen Ehestiftung zukommende Erbrecht zu behaupten wohl befugt, mithin die eingeführte Appellation insofern nicht für unerheblich zu halten sein möchte; nachdem jedoch der Bescheid des Gerichts Breselenz vom 12. Juli 1794 in die Rechtskraft getreten ꝛc., so behält es bei dem abschläglichen Bescheide vom 3. Juni 1795 sein Bewenden.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Th. 2. Nr. 28.

III.

Streitig ist, ob zu den Erfordernissen dieses Intestaterbrechts auch gehöre, daß die Frau nicht dotirt, indotata, sei.

Einige bestehen auf diesem Erforderniße, da es in den Gesetzen sehr bestimmt hervorgehoben sei, und der Zusammenhang des Gesetzes mit den Strafen des repudii entschieden darauf hinweise. Nicht nur redeten die Nov. 53 und Nov. 117 ausdrücklich von einem matrimonio indotato, oder si quis absque dotalibus instrumentis conjugali affectione uxorem ducat, sondern auch mehrere andere Gesetze machten dies zur Bedingung. Denn so sage Nov. 74. c. 5 pr.: Quare si mulier legitimis modis ostendere potuerit, virum hac eam lege domum recepisse, — et si sit indotata, constitutionis nostrae commodis fruatur, quartamque partem substantiae viri accipiat, sive expellatur, sive prius moriatur vir. Ebenso in der Nov. 134. c. 13. wo Justinian die Confiscation der Güter eines Verbrechers zu Gunsten der Descendenten und Ascendenten einschränke, verfüge er zugleich in Ansehung der Weiber solcher Verbrecher: Si ita condemnati uxores habeant, omnibus modis jubemus, ut illae et dotem et donationem propter nupt. accipiant. Quodsi vero sine dote (δίχα προικός) ejusmodi personis conjunctae fuerint, legibus nostris definitam partem ex tota condemnati substantia accipiant, sive liberos habeant sive non. Da überdem dieses ganze Erbrecht nur durch eine Anwendung der Verordnung Justinian's über die Ehescheidungen in dem Falle, wo die Frau keine dos eingebracht, eingeführt sei, so könne das Gesetz von dem Erbtheil der dürftigen Wittwe auch schon nach seinem ganzen historischen und inneren Zusammenhange von keinem anderen Falle verstanden und auf keinen anderen Fall angewandt werden, als auf den, wo keine dos und keine donatio propter nupt. bestellt sei.

Ant. Merenda, contr. jur. lib. 4. c. 40 u. lib. 17. c. 17.
Glück, Intestaterbfolge §. 119.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts Anh. S. 60.
Thibaut, System §. 864.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 636.
v. Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 367.
v. Vangerow, Pand. §. 488.

Andere schließen sich zwar der erstgedachten Meinung an, begleiten dies jedoch mit der Bemerkung, daß sich aus dem Gesetze das unvernünftige Resultat ergebe, daß die mit einer noch so kleinen dos versehene, sonst bedürftige Wittwe auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen dürfe.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 699.

Andere meinen, das Erforderniß des Nichtdotirtseins sei weder mit unumstößlicher Sicherheit in den Quellen ausgesprochen, noch mit dem Zwecke der Nov. 53 vereinbar. Es leuchte von vorn herein von selbst ein, daß da, wo keine dos und donatio propter nupt. bestellt worden, keine solche zur Strafe verloren gehen könne, und daß zur Erreichung des allgemeinen Strafzwecks die Substitution einer Quote des Vermögens unerläßlich gewesen sei. Die Vorschrift der Nov. 53. c. 6 sei aber lediglich aus einem Humanitätszweck (sd humanitatem tota nostra lex est accommodata) eingeführt, und es sei ebenso gewiß, daß eine Wittwe, welche eine ganz geringe dos eingebracht habe, sich nach des Mannes Tode in extrema necessitate vivendi befinden könne. Lasse man sich nun durch die scheinbare Gründlichkeit in der von der anderen Seite festgehaltenen Berücksichtigung historischer Momente den Blick nicht irre leiten, sondern fasse das in cap. 6 pr. ausgesprochene Motiv der neuen Vorschrift ins Auge, ut his in successione defuncti prospiciatur, ne in extrema necessitate vivere compellantur, und in §. 2: ut inopia conjugis unius divitiis alterius levetur, so sei das allein entscheidende Moment für das Erbrecht in concreto das Zusammentreffen der Begriffe von inopia auf der einen und divitiae auf der anderen Seite; — und der erstere könne nicht durch die Bestellung irgend einer noch so geringen dos und donatio propter nupt. ausgeschlossen werden, sondern nur dann, wenn deren Betrag einigermaßen erheblich sei. Beide Begriffe seien der poena repudii ganz fremd und gleichgiltig; für das neue Institut des Erbrechts seien sie selbst neu aufgestellte und wesentlich bedingte Momente. Für die poena repudii sei freilich, wenn sie die Quart des Vermögens sein solle, das Abhandensein einer dos absolut unerläßlich; für den Begriff der inopis sei man dagegen ganz an die Beschaffenheit des Einzelfalls gewiesen. Ein wesentlich innerer Zusammenhang der poena mit dem Erbrechte sei also nicht vorhanden; das Wesen beider Institute sei vielmehr in seinem Zwecke von durchaus verschiedener Art. Nur zufällige Aeußerlichkeiten und unwesentlichere Nebenbestimmungen, wie: daß in beiden Fällen überhaupt ein Vermögenstheil des einen Ehegatten auf den anderen übergehe, und daß bei der neuen Modalität die Größe der Summe und die eventuelle Nothwendigkeit, den Erwerb für die Kinder aufzubewahren, zweckmäßig auf jene von dem älteren Institut her übertragen werden zu können schienen, welches dabei sofort sich selbst ins Gedächtniß zurückgerufen habe, möchten den Bezug auf die das letztere betreffenden Verordnungen veranlaßt haben; dazu komme endlich, daß, wenn eine dos bestellt wor-

den, dadurch gewöhnlich der Begriff der inopiæ von selbst ausgeschlossen sein werde, also ein scheinbares vollständiges Zusammentreffen der Voraussetzungen. — Wie aber Justinian den Umstand an und für sich, daß keine dos bestellt worden, **sobald dieses nicht** aus Dürftigkeit unterblieben sei, ausdrücklich für ungenügend erkläre, das Erbrecht zu begründen (§. 2 cit.), also alles Gewicht auf die letztere lege, so wenig lasse sich dasselbe leugnen, wenn zwar eine dos bestellt, dadurch aber der Begriff der Dürftigkeit nicht gehoben sei. Wenn er sich hierbei nicht sorgfältiger ausgedrückt habe, so dürfe das weiter nicht befremden. Es sei doch auch mit dem Begriff dives nicht anders; es könne sich z. B. das Vermögen eines reich zu nennenden Mannes durch zahlreiche Descendenz so zersplittern, daß der Nießbrauch eines Kopftheils für die Wittwe das in extrema necessitate vivere auf die Dauer nicht abwenden werde. Und Niemand werde darum das Erbrecht der armen Wittwe leugnen können. — Es komme also auf Seiten der Frau ausschließlich darauf an, a) daß sie inops sei, und daher auf die nähere Bestimmung dieses Begriffs. Die Novellen enthielten darüber keine nähere Auskunft; Julian's Epitome gebe auch nur den §. 2 cit. so wieder: si idoneas facultates non habeat. Die Worte: in extrema necessitate vivere dürfe man auch nicht gerade buchstäblich nehmen. Man müsse also der allgemeinen Auffassung beitreten, daß **arm** oder vermögenslos, d. h. dürftig, hier davon zu verstehen sei, wenn die Mittel der Wittwe nicht ausreichen, **standesgemäß davon** zu leben; — daß die Möglichkeit eigenen Erwerbes durch Arbeit wegen Unsicherheit desselben nicht in Anschlag komme, und daß die nähere Bestimmung in den Einzelfällen dem Ermessen des Richters zustehe; — daß dagegen die augenblicklich noch mittellose Tochter wohlhabender, oder nur solcher Eltern, welche dieselbe ihren Vermögensumständen nach wohl zu ernähren im Stande und dazu verpflichtet seien, keinen Anspruch auf das Erbtheil habe, welches zunächst eben nur diesen Zweck erfüllen solle. b) Die Beurtheilung des Begriffs dives auf Seiten des Mannes sei ebenfalls aus den Umständen, welche den Einzelfall begleiten, dem richterlichen Ermessen anheimzugeben; der Zeitpunkt für denselben sei der des Todes. Man pflege auch hier als maßgebend anzuführen, wenn der Nachlaß zum standesmäßigen Unterhalt der Frau und Kinder ausreiche.

Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 976. Not. 6.

Vergl. auch Präj. 2 zu Contr. 5.

Präjudiz 1.

Durch die ausdrückliche Bestimmung der Nov. 53. c. 6 und der Nov. 117. c. 5 ist das Erbrecht der armen Wittwe von der Bedingung abhängig gemacht, daß sie kein Heirathsgut habe. Da nun im vorliegenden Falle von der Klägerin zugestanden wird, daß sie ihrem Ehemanne die Summe von 100 Thlr. als Heirathsgut inferirt habe, so ist die gesetzliche Voraussetzung für das von ihr geltend gemachte Erbrecht nicht begründet.

Aus den Entscheidungsgründen eines Erk. des OAG. zu **Celle** vom 22. Sept. 1854, in S. Wittwe Hirsch zu Wustrow c. Hirsch'sche Minorennen daselbst, wegen Erbrechts.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 47.

IV.

Streitig ist, ob das Erbrecht der armen Wittwe auch stattfinde, wenn eine Scheidung von Tisch und Bett erfolgt ist*).

Einige meinen, daß durch eine solche Scheidung das Successionsrecht der Wittwe nicht aufgehoben sei; denn eine Scheidung von Tisch und Bett sei keine wahre Ehescheidung und hebe die Fortdauer der Ehe nicht auf, sondern enthalte nur die richterliche Erlaubniß, auf einige Zeit von dem Ehegatten abgesondert zu leben; alle übrigen Rechte und Verbindlichkeiten blieben also, der Trennung ungeachtet, bestehen. Die Ausdrücke in Nov. 53. c. 6: si semper apud eos maneant, und in Nov. 117: cum ad mortem usque cum ea vixisset, könnten nur von einer wahren und eigentlichen Auflösung des Ehebandes durch Scheidung verstanden werden.

Carpzov, jurispr. for. lib. 2. tit. 12. def. 215.
Wernher, select. obs. T. II P. VI obs. 413.
G. L. Böhmer, princ. jur. can. §. 413.
Schott, Eherecht §. 227. Not. *.

Andere meinen, es sei bei der Beantwortung der Frage ein Unterschied zu machen. Wahrscheinlich habe Justinian durch die Worte: si usque ad mortem cum ea vixisset bei der Statthaftigkeit des repudii und divortii bona gratia die obwaltende Leichtigkeit der Ehetrennung und die mögliche Ungewißheit der Fortdauer der Ehe vor Augen gehabt. Insofern, da dieses jetzt wegfalle, könne man sagen, daß bei uns in der Regel erst mit der wirklichen Trennung der Ehe vom Bande, und bei den Katholiken durch immerwährende Scheidung von Tisch und Bett, das Erbrecht der Frau ausgeschlossen werde. Dagegen gesetzt, die Eheleute trennten sich factisch, gleichviel ob in Folge einer Vereinigung darüber, oder weil Einer dem Andern durch sein Betragen Veranlassung dazu gegeben habe? Da Justinian offenbar ein fortgesetztes eheliches Leben voraussetze, so scheine kein Bedenken obzuwalten, jene Vorschrift auch noch jetzt ihrem wahren Sinne nach für anwendbar zu halten, so daß das Erbrecht wirklich ein solches Zusammenleben voraussetze — denn eine factische Trennung der Art sei ja auch damals möglich gewesen, ohne daß ein divortium bona gratia eingetreten sei. Ohne Zweifel sei auch die Dauer der Trennung der Ehe hierauf nicht ohne Einfluß. Diese, wie die sonstigen thatsächlichen Umstände müßten aber dem richterlichen Ermessen für den Einzelfall anheimgegeben werden. Der Fall hingegen, wenn eine Ehescheidungsklage die Veranlassung dazu gegeben, sei anders zu beurtheilen. Wenn nämlich der Mann während derselben sterben sollte, so könne die Frau nun nicht schlechthin das Erbrecht verlangen, sondern nur, wenn sie nicht, als schuldiger Theil,

*) Daß den Römern eine Separation unter Ehegatten bekannt gewesen, ist zweifellos; sie geschah aber privata conjugum voluntate, L. 15 D. de act. rer. amot. L. 32. §. 12 D. de donat. int. vir. et uxor. Dagegen scheint eine zeitige Trennung der Ehe, welche unter gerichtlicher Autorität wider den Willen des andern Theils **erkannt** worden, unbekannt gewesen zu sein. Ueber eine solche Scheidung von Tisch und Bett, welche nach dem heutigen Kirchenrechte durch richterlichen Ausspruch unter Ehegatten verfügt wird, kann natürlich im römischen Rechte nichts verordnet sein.

zu der Ehescheidungsklage Veranlassung gegeben habe. Sei sie die Klägerin gewesen, so werde sich dies meist von selbst erledigen, sei sie aber die Verklagte gewesen, so könne ihr Erbrecht freilich dadurch, daß der Mann gerade jetzt sterbe, nicht vereitelt werden; dagegen aber würden auch dessen Erben auf Fortführung des Processes bestehen können, um die Schuld der Frau auszumitteln. Es seien also die Regeln der poenae secundarum nuptiarum analog zur Anwendung zu bringen. — Auch wenn der Mann sterbe, nachdem er bereits von der Frau von Tisch und Bett geschieden worden, seien die Umstände nicht ganz außer Acht zu lassen, indem solche Trennungen, wenigstens die erstmalige, nicht auf zu lange Zeit angeordnet zu werden pflegten, und auf Wiedervereinigung der Gatten berechnet seien. Sei die Trennung zum Behuf und während eines Ehescheidungsprocesses eingetreten, so komme das, was vorher über das Hinsterben des Mannes gesagt worden, zur Anwendung.

Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2 a. E.

Andere stimmen diesem bei, wollen aber in dem Fall, wenn der Mann binnen der Zeit stirbt, wo er von der Frau auf Zeit von Tisch und Bett geschieden war, unter Bezug auf die obgedachten Worte der Nov. das Erbrecht davon abhängig machen, ob die Frau die Schuld trage, daß sie nicht mit dem Manne bis zu seinem Tode zusammengelebt habe. Wenn die Wittwe der schuldige Theil gewesen, so habe sie die Bedingung des Gesetzes nicht erfüllt; wäre der Mann Schuld, so fehle es zwar an einer gesetzlichen Bestimmung, allein es müßte doch auf Seiten der Frau die Bedingung des Gesetzes um so mehr für erfüllt gehalten werden, als es gegen Recht und Billigkeit streiten würde, wenn ihr durch die unerlaubte Handlung ihres Mannes das gesetzliche Erbrecht in einem Falle entzogen werden sollte, wo durch die Separation die Ehe selbst nicht aufgelöst sei.

Stryk, de success. ab int. diss. 4. c. 1. § 9.
v. Cramer, Wetzlarsche Nebenst. Th. 76. S. 118.
Madiha, princ. jur. Rom. de success. §. 53.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 495.
Malblanc, princ. jur. Rom. sec. ord. D. §. 785.
Hüttner, Entwickelung der Lehre von der gesetzl. Erbfolge §. 115.
Glück, Intestaterbfolge §. 119.

V.

Streitig ist, wenn die Wittwe für arm zu halten sei.

Einige meinen, einen solchen Zustand schildere Justinian in Nov. 53. c. 6 pr., in welchem eine arme Wittwe in der äußersten Noth und Dürftigkeit leben müßte, ἐσχάτη ἀπορία, in novissima inopia, wie es die Vulgata ausdrückt, in extrema necessitate nach Hombergk's Uebersetzung, wenn ihr nicht durch einen Erbtheil aus der Verlassenschaft ihres reichen Mannes geholfen werde.

Ant. Mercoda, controv. jur. lib. 13. c. 7. Nro. 18 u. 19.

Andere meinen, eine solche Wittwe sei arm, deren Vermögen nicht hinreiche, um ihrem Stande gemäß davon leben zu können; wobei denn das Vermögen nur nach dem, was man schon wirklich habe, nicht aber nach dem, was man möglicherweise dereinst haben könnte, geschätzt werden müsse, und der mögliche Verdienst durch Arbeiten gar nicht in Anschlag zu bringen sei. Denn in verbis dispositivis des §. 2 wiederhole Justinian den Ausdruck ἐσχάτη ἀπορία nicht, sondern sage bloß ἄπορος διακεῖται, und Julian drücke dies so aus: si mulier idoneas facultates non habeat. Ueberhaupt pflege Justinian in den Eingangsworten seiner Gesetze eine Sache zu übertreiben, um seinen Verordnungen dadurch desto größeres Lob oder Gewicht beilegen zu lassen.

Struben, rechtliche Bedenken Th. 2. Nr. 58.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. Nr. 40.
Leyser, sp. 424. med. 1.
Koch, success. ab int. §. 111.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1078.
Martin, Beiträge zu der Lehre v. Successionsrecht einer armen Wittwe, in dessen Rechtsgutachten Bd. 1. Nr. 10. §. 5. S. 362.
Glück, Intestaterbfolge §. 120.

Andere meinen, die Frage, ob die Wittwe arm sei, sei in den Gesetzen nicht näher bestimmt, und müsse also dem vernünftigen Ermessen des Richters, welcher vorzugsweise die Standesverhältnisse der Wittwe zu berücksichtigen habe, überlassen werden.

v. Vangerow, Pand. §. 488.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 699.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.
Voet, Comm. ad P. lib. 38. tit. 17. §. 22.
Löhr, von der Succession der dürftigen Wittwe S. 370.

Andere wollen die Wittwe alsdann arm nennen, wenn ihr Vermögen weniger als ein Viertheil des Vermögens des verstorbenen Mannes beträgt.

Pufendorf, obs. 177. §. 1.
Godelious, de jure oovissimo lib. 2. cap. 17.

Andere meinen, wenn die arme Wittwe zwar kein eigenes Vermögen besitze, aber wohlhabende Eltern habe, welche nach ihren Vermögensverhältnissen vollkommen fähig seien, die Tochter standesmäßig zu erhalten, so würde es nach dem Geiste der Gesetze unbillig sein, wenn sie durch ihre Concurrenz das Erbrecht der Kinder schmälern wollte; denn die Verbindlichkeit der Eltern, ihren Kindern standesmäßigen Unterhalt zu reichen, höre nicht auf, selbst wenn die Kinder durch Emancipation oder separata oeconomia aus der väterlichen Gewalt gegangen seien. Hierauf deuteten die Worte der Nov. 53. c. 6. §. 2: nam si aliunde forsan dives sit — ἐπείτοι γε εἴπερ ἀλλαχόθεν ἴσως εὐποροίη — oder wie die Vulgata sage: nam si aliunde forsan habeat, justum non foret, ut illa, quae dotem non constituit, — liberos successione gravet.

Glück, Intestaterbfolge §. 120. S. 448.
Lauterbach, colleg. theor. pr. P. lib. 38. tit. de success. jur. nov. §. 47.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. S. 303 f.

Präjudiz 1.

Das OAG. zu Celle erkannte über die vorstehende Frage, in S. Wettken c. den Vormund der Wettken'schen Kinder, unterm 17. Dec. 1791 in einem Falle, wo die Wittwe Wettken einen Brautschatz zu 3000 Mark besaß, das Vermögen des verstorbenen Ehemannes aber 24,000 Mark betrug, auf

die Einreden des Verklagten: daß die Klägerin einen nicht unbeträchtlichen Brautschatz besitze, sodann, daß sie reiche noch lebende Eltern habe, welche zu ihrer Unterhaltung verpflichtet seien, und endlich, daß sie ihres verstorbenen Ehemanns Hof sehr vortheilhaft gepachtet habe, auch mit einem bemittelten Manne in zweiter Ehe lebe, dahin:

„Wenngleich so wenig auf die der Appellantin durch die übernommene Hofpacht etwa erwachsenden Vortheile als auf die angeblich vortheilhafte zweite Verheirathung zu sehen sein dürfte; weil jedoch die Appellantin einen solchen dotem besitzt, wodurch sie im Stande ist, sich so zu unterhalten, wie die mehrsten Wittwen ihres Standes zu leben pflegen; ferner auch der Appellantin noch lebende Eltern geständigermaßen fähig sind, derselben den etwa erforderlichen Lebensunterhalt zu reichen, daß daher wohl gesprochen und übel appellirt, mithin Appellantin mit ihrer Klage abzuweisen, und es bei dem Erkenntnisse unseres Hofgerichts zu Stade zu lassen sei."

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. S. 318.

Präjudiz 2.

Da der Anspruch der Implorantin auf die quartam conjugis inopis in allen Maßen als begründet erscheint, indem theils durch eine Vergleichung der Vermögensverhältnisse des verstorbenen Ehemannes der Implorantin mit den ihrigen, wie sie um die Zeit des Todes jenes erfolgten, also ohne Rücksicht auf die später bewilligte Pension beschaffen waren, theils durch die Betrachtung, daß die Implorantin von den Zinsen, welche das ihr zustehende Capital abwirft, ein standesmäßiges Lebensart zu führen auf keine Weise im Stande ist, die rechtlichen Requisite zu der von ihr in Anspruch genommenen Succession also vollkommen erschöpft werden, wogegen der von Euch als entscheidend betrachtete Umstand, daß die Implorantin ihrem Ehemanne einen Brautschatz bestellt hatte, nach dem Geiste und Zwecke der Gesetze nur in dem offenbar hier nicht eintretenden Falle für relevant würde betrachtet werden können, wenn aus einer solchen constitutio dotis der Mangel des vorhin erwähnten Requisits, nämlich die Dürftigkeit der überlebenden Ehefrau sich ergeben sollte, so habt Ihr unter Wiederaufhebung Eures Bescheides rc.

Erk. des OAG. Celle vom 19. Febr. 1819, in S. W. c. W.'sche Barmundschaft.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Th. 8 b. S. 154.

Präjudiz 3.

Das OAG. Celle erkannte am 18. Nov. 1824, in S. F. Wittwe c. F. Barmundschaft:

Wenn nun die Qualification einer unvermögenden Wittwe zu dem ihr ex singulari beneficio legis zugesicherten Erbrechte an dem Nachlasse ihres wohlhabenden Mannes nur nach der Lage ihres Vermögens zur Zeit des Todes des Letzteren zu beurtheilen ist, der Implorantin hierunter auch, wie allgemein angenommen, sowohl doctrinelle als grammatische Interpretation zur Seite steht; solchemnach aber der von derselben erhobene Anspruch weder durch das in der später verwilligten Gnadenpension ihr verliehene Subsistenzmittel, noch dadurch, daß sie jenen Anspruch nach der geschehenen Pensionsverwilligung geltend gemacht hat, verloren gegangen ist, so habt Ihr — den der Implorantin auferlegten Beweis eines Mangels hinreichender Subsistenz aus eigenen Mitteln auf die Todeszeit ihres Ehemannes zu beschränken, folglich auch den dem Implorantin nachgelassenen Gegenbeweis, daß der Implorantin bereits unter dem 21. Dec. 1821 die jährliche Pension von 200 Thlr. landesherrlich verwilligt worden, zurückzunehmen.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Th. 8 b. S. 156.

VI.

Streitig ist, welcher Zeitpunkt in Betreff der Armuth der Wittwe in Betracht komme.

Einige meinen, um das Erbrecht geltend zu machen, genüge es, wenn sie zur Zeit des Todes ihres Mannes arm gewesen, sei sie auch hinterher noch vermögend geworden. Denn das Recht der Frau sei gewissermaßen ein gesetzliches Legat zu nennen; die Voraussetzung dazu, die Mittellosigkeit, sei nur im Augenblick des Todes des Erblassers, womit auch hier der Erwerb von selbst eintrete, erforderlich, und vererbe sich ohne Weiteres auf die Erben der Frau, auch wenn sie bis dahin noch keine Aeußerung seines Antritts gethan habe.

Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 25.
Stryk, success. ab int. diss. 4. c. 1. §. 24 u. 25.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 38. 17 in append. de success. jur. nov. §. 47.
Böhmer, introd. in jus D. 38. 11. §. 3.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Bd 2. Nr. 40.
Westphal, von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. 1. §. 40.
Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 382.
v. Wangerow, Pand. §. 488. Not. 5.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.

Andere meinen, die Armuth müsse im Augenblick des Todes des Mannes vorhanden gewesen sein, und bis zur Annahme ihres Antheils gedauert haben. Denn die Wittwe erhalte den Antheil als Erbin, und da gelte der Grundsatz, daß die Qualification zur Erwerbung der Erbschaft vom Augenblick des Anfalls bis zur Erwerbung fortgedauert habe. Da nun die Armuth von Seiten der Wittwe Bedingung des Erbrechts sei, mithin zu ihrer Successionsfähigkeit erfordert werde, so folge, daß die Armuth bis zur erfolgten Erbschaftsantretung fortgedauert haben müsse. Eine früher eingetretene Unfähigkeit durch eine zweite Ehe oder durch erlangte Wohlhabenheit müsse nach der Regel: jus heredis in eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem, L. 49. §. 1 D. de hered. instit. L. 1. §. 4 u. 8 D. ad SC. Tertull., ihre Erbansprüche vernichten.

Martin, Rechtsgutachten Bd. 1. Nr. 10. §. 8.
Glück, Intestaterbfolge §. 126.

Andere erinnern hiergegen, wenn die Wittwe die Portion als Erbin erhalte, so brauche doch die Armuth nicht bis zur Zeit der Erbschaftsantretung fortgedauert zu haben; denn es müsse wegen der Analogie der poena repudii, welche gleich mit dem Augenblick der Verstoßung eintrete, auch bei der Succession der Wittwe der Zustand ihrer Erbfähigkeit bloß nach dem Augenblick des Todes beurtheilt werden, zumal auch in anderen Fällen, wo bei der Ehe etwas verwirkt werde, die Beurtheilung nach diesem Momente stattfinde, und überdem noch der innere historische Zusammenhang diese Analogie begünstige, cf. Nov. 22. c. 28.

Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 384 u. 385.

Hiergegen siehe

Heidelberger Jahrbücher Jahrg. 12. H. 8. S. 767.

Vergl. Controv. 7, da die Entscheidung der vorstehenden Frage von der Entscheidung der Frage, ob die arme Wittwe als Erbin oder als Legatarin zu betrachten sei, abhängig ist.

VII.

Streitig ist, ob die arme Wittwe die portio als Erbin oder als Legatarin erhalte*).

Einige meinen, daß die Wittwe ihren Erbtheil als

*) Zur Vermeidung von Mißverständnissen muß man

Erbin erhalte. Die deutlichen Worte der Nov. 53. c. 6. §. 1: „nisi qostenus ex hac lege juriuoi illius forte heres exstiterit" ließen hierüber keinen Zweifel. Nach dieser Stelle solle das eigene geringe Vermögen der Wittwe den Gläubigern des Ehemannes für dessen Schulden auf keine Weise haften, sondern die Gläubiger sollten nur insofern Ansprüche an dieselbe haben, als sie vermöge dieser Gesetze des Mannes Erbin geworden sei. Dieses lasse sich mit dem Begriffe einer suceessio singularis nicht vereinigen. Auch der Ausdruck, die Wittwe succedire ex beneficio legis, beweise, daß sie, wie am Ende jeder Intestaterbe, succediren solle.

Schweppe, röm. Priv.-R. §. 976.
Glück, Intestaterbfolge §. 125.
Martin, Rechtsgutachten Bd. 1. Nr. 40. §. 9. S. 369.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 698.
Leyser, sp. 424 med. 7. sp. 425. med. 1 u. 2.
Hommel, Rhapsod. obs. 410.
Madihu, princ jur. Rom. de success. §. 54.
Thibaut, System §. 864.

Andere meinen, daß die Wittwe ihren Antheil nicht als Erbin, sondern ex speciali legis beneficio erhalte. Der angezogene Passus der Nov. 53 sei ganz bedeutungslos. Fasse man nämlich die hierher gehörigen Worte: ὑπακεῖσθαι τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ in ihrem Zusammenhange auf, so solle durch das συγκληρ. offenbar nicht ausgesprochen werden, daß sie eigentliche Miterbin sei, und ihr namentlich die hereditatis petitio zustehe, sondern der Gedanke, der hier ausgedrückt werden solle, sei nur der: „soweit die Wittwe aus diesem Gesetze eine Quote der Erbschaft erhält, muß sie auch die Schulden des Mannes bezahlen helfen". Auf welchen Titel hin sie diese Quote erhalte, und welches Rechtsmittel ihr zu Gebote stehe, sei hier ganz und gar nicht bestimmt. — Wenn man nun von dieser Nov. absehe, so spreche Alles dafür, daß die Wittwe nicht als wahre Erbin betrachtet, und ihr namentlich nicht die hereditatis petitio zugestanden werden könne. Zunächst seien in Nov. 117. c. 5 — und auf dieses Gesetz komme es doch eigentlich an — die beiden Fälle: Scheidung und Tod, durchaus zusammengestellt, so daß dasselbe Recht, was die Frau in dem einen Falle hat, ihr auch in dem andern zusteht:

> sancimus in utroque casu ex talibus matrimonus natos filios legitimos esse, et ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem ex utroque horum casuum — quartam partem ex substantia viri accipere.

Also: die Kinder sollen die Erben sein; die Frau aber soll in beiden Fällen gleichmäßig $^1/_4$ aus dem Vermögen des Mannes erhalten. Daß sie nun im Fall der Scheidung dieses $^1/_4$ bloß mit einer actio personalis, einer sog. condictio ex lege, einfordere, könne nicht bezweifelt werden; könne man bei der völligen Gleichstellung beider Fälle im Falle des Todes wohl etwas Anderes annehmen? Dazu komme, daß die Wittwe sehr oft nur den Anspruch auf Nießbrauchsrecht erlange, was doch gewiß nicht mit eigentlicher Erbenqualität vereinbar sei. Nehme man nun endlich noch die so nahe liegende Analogie von der quarta divi Pii hinzu, so folge, daß die arme Wittwe, wenn sie nicht durch letztwillige Verfügung ihres Mannes bedacht sei, die ihr gesetzlich zukommende Portion, einerlei, ob der Mann mit oder ohne Testament verstorben sei, immer nur mit einer persönlichen Klage, einer condictio ex lege, einfordere.

v. Vangerow, Pand. §. 488. Not. 5.
Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 385.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.
Stryk, de success ab int. diss. 4. c. 1. § 26—28.
Pufendorf, obs. 177. §. 2.
Koch, success. ab intest. §. 113.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 482. Nro. 4.
Höpfner, Instit. §. 702.
Ludolff, Intestaterbfolge §. 173.

VIII.

Streitig ist, ob die arme Wittwe stets das Eigenthum der quarta oder der Virilportion erhalte, oder ob sie nicht dann, wenn sie mit eigenen Kindern concurrirt, den bloßen Nießbrauch derselben bekomme.

Einige meinen, wenn die Wittwe mit eigenen Kindern concurrire, so erhielten die Kinder nur ein künftiges und ungewisses Recht. Schon vor Justinian sollte nach L. 8. §. 7 C. de repod. dasjenige, was durch die Ehescheidung gewonnen worden, den Kindern aus dieser Ehe aufgehoben und solches weder veräußert noch verpfändet werden dürfen. Diese Verbindlichkeit, das durch Ehescheidung den Kindern Gewonnene zu erhalten, sei von Justinian durch L. 11. §. 1 in f. Cod. end. auf die Quart der armen Wittwe ausgedehnt. Da nach denselben Grundsätzen durch Nov. 53 das Successionsrecht des überlebenden dürftigen Ehegatten gebildet sei, so sei es klar, daß schon nach dieser Nov. die arme Wittwe zwar immer ein $^1/_4$ des Vermögens ihres Ehemannes eigenthümlich erhalten, aber verbunden sein sollte, diesen Antheil, wenn sie eigene Kinder von dem verstorbenen Ehemanne hat, ihren

---

den Fall bei Seite stellen, wenn der Erblasser seine künftige Wittwe testamentarisch bedacht hat; ist das geschehen, so wird, wenn ihr nur nicht zu wenig ausgesetzt worden, das Weitere von dem Inhalte der Honorirung abhängen. Möglich ist dabei, daß sich der Mann in irgend einer Weise so ausgedrückt habe, er wolle der Frau dasjenige zuwenden, was ihr ohnedies, selbst wider seinen Willen gebühre, oder es ist das ganz unberührt geblieben. In letzterem Falle können bei der Beurtheilung einer solchen Honorirung und ihres Erwerbes keine anderen, als die allgemeinen Regeln zur Anwendung gelangen. Denn die Frau kommt nun nicht in den Fall, ihr gesetzliches Erbrecht geltend zu machen, mithin bleiben dessen Voraussetzungen außer Betracht. Wird das Testament umgestoßen oder sonst in seiner bezüglichen Verfügung ungiltig, so würde nun zwar ihr Recht wieder Wirksamkeit gewinnen können, aber die Sachlage ist dann nur dieselbe, als wenn von Anfang an kein Testament vorhanden gewesen wäre. Im ersteren Falle dagegen würde es wieder darauf ankommen, ob der Testator die Frau zur Erbin auf den ihr zugedachten Theil eingesetzt, oder ihr denselben durch Legat zugewandt habe, und über die Zeit der Erwerbung des letzteren herrscht kein Streit. Endlich ist man auch bei geschehener Einsetzung darüber einig, daß die Frau nicht ipso jure Erbin werde, obgleich Letzteres von Schweppe, röm. Pr.-R. §. 976. behauptet wird.

Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.

Kindern aufzuheben: omnia enim ad imitationem illius constitutionis nostrae, quae quartam illis determinat, aequaliter tam in viris, quam in mulieribus etiam hic obtineant, Nov. 53. c. 6. Wenn es nun in der Nov. 117. c. 5 heiße: si quidem maritus usque ad tres liberos vel ex ipsa, vel ex alio matrimonio habeat, quartam partem substantiae viri capiat: si vero plures sint liberi, in utroque similiter casu tantum mulierem accipere volumus, quantum uni ex liberis competit; ita scilicet, ut in illis rebus mulier solum usumfructum habeat, dominium vero liberis illis servetur, quos ex eo matrimonio habuit, so sei in diesen Worten weiter nichts als eine Wiederholung dessen enthalten, was schon in den früheren Verordnungen gesagt sei. Hieraus ergebe sich, daß der Ausdruck dominium servare liberis, sowie das im Originale gebrauchte φυλάττεσθαι, hier nicht in dem Sinne zu nehmen sei, daß das Eigenthum den Kindern sogleich übertragen, und von denselben unbedingt und unwiderruflich erworben werden solle, sondern bloß den Sinn habe, daß es ihnen auf den Todesfall ihrer Mutter erhalten werden solle, wenn sie alsdann noch leben würden. So lange also die Wittwe lebe, habe noch keines ihrer Kinder ein gegenwärtiges Eigenthum daran. Dieses stehe der Wittwe auch im Falle der Concurrenz mit ihren Kindern zu, jedoch dergestalt, daß sie zwar ihren Antheil nützen und gebrauchen, aber zum Nachtheil ihrer Kinder nicht veräußern und verpfänden dürfe. Dieser Ansicht stehe auch nicht entgegen, daß in dem Gesetze das Recht der Wittwen an ihrem Antheil mit dem Ausdruck χρῆσις, ususfructus, oder, wie die Vulgata hat, usus, bezeichnet wird; denn daß darunter nichts anders, als ein eingeschränktes Eigenthum verstanden werde, erhelle auch daraus, daß ja die Wittwe über ihren Antheil unter ihren Kindern durch Testament oder unter Lebenden disponiren könne. In der Nov. 117 werde dieses zwar nicht ausdrücklich gesagt; allein in der L. 8 C. de repud., welche als Grundlage des Justinianischen Gesetzes gelte, werde dem unschuldigen Ehegatten bei dem, was er durch die Ehescheidung gewonnen habe, dieses Recht ausdrücklich gestattet. — Sterbe nun ein Kind, so könne von einer Vererbung keine Rede sein, denn es habe noch kein Eigenthum daran, sondern nur die Hoffnung, es künftig zu erwerben; stürben aber alle Kinder aus dieser Ehe, so erhalte nun die Mutter an ihrem Antheil das völlig freie und unwiderrufliche Eigenthum, weil jetzt die Bedingung weggefallen, wodurch das Eigenthum derselben beim Leben ihrer Kinder beschränkt gewesen sei.

Boley, Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien Nr. 9. S. 309.
Koch, success. ab intest. §. 112
Ludolff, Lehre von der Intestaterbfolge §. 172. Nr. 1.
Glück, Intestaterbfolge §. 123.
Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 377.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 434.
Schweppe, röm. P.-R. §. 976
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 63.
Hunger, das römische Erbrecht S. 420. Not. 2.
Mackeldey, Lehrb. § 827.

Andere meinen, die arme Wittwe bekomme in solchem Falle den bloßen Nießbrauch. Denn wenn auch der geschichtliche Zusammenhang eines neuen Gesetzes mit früheren gesetzlichen Bestimmungen für die Auslegung vorzüglich wichtig sei, so könne solches doch nicht ausreichen, einen Sinn anzunehmen, welcher den ganz unzweideutigen Worten des Gesetzes widerspreche. Sehr bestimmt sage nämlich Justinian in Nov. 117. c. 5, daß die Wittwe den bloßen Nießbrauch haben, den Kindern aber das Eigenthum verbleiben solle — dominium autem illis filiis servetur — und daß nur dann die erstere das Eigenthumsrecht ihrer Portion ansprechen könne, wenn sie nicht mit eigenen Kindern concurrire. Dies sei zwar eine Neuerung Justinian's, habe aber nichts Auffallendes in einem Gesetze, welches sich selbst als ein correctorisches ankündige, — in praesenti melius utramque legem disponentes, sancimus — und diese Neuerung sei dem geschichtlichen Gange, den auch in anderen Lehren das Recht der Eltern genommen, völlig angemessen. Man erinnere nur z. B. an die Geschichte der sog. Adventizien, sowie an das Recht der lucra nuptialia im Falle einer zweiten Ehe. Ueberall zeige sich derselbe Entwickelungsgang, den auch das Erbrecht der armen Wittwe genommen. Denn in allen diesen Fällen habe der parens Anfangs nicht den bloßen Nießbrauch, auf den er später eingeschränkt wurde, sondern Eigenthumsrecht gehabt, mit der Verbindlichkeit, dasselbe den Kindern aufzuheben. — Mit dieser Ansicht stimme auch namentlich Julian, Const. 108. Nov. 381, überein: ita tamen, ut usumfructum quidem ejus portionis ipsa habeat, proprietatem autem liberis lex conservet, qui ex ipso matrimonio nati sunt; quod si liberos non habeat, jure quoque dominii portionem eandem mulier capiat.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 488.
Roßhirt, Erbrecht S. 193.
Thibaut, System §. 864.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 637.
Puchta, Pand. §. 451
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 699.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.

Präjudiz 1.

Von der königl. Justizcanzlei zu Celle wurde am 13. Sept. 1816, in S. Baruch Benjamin c. Benjamin, der klagenden Wittwe eine quarta der Verlassenschaft ihres ohne Kinder verstorbenen Ehemannes bei der Erbtheilung zugesprochen, solches Erk. auch vom OAG. unterm 16. Jan. 1817 aus folgenden Gründen bestätigt:

1) Justinian wollte überhaupt allen armen Ehefrauen, nachdem die conventiones in monum längst abgekommen waren, des Prätors Edict aber nur selten in praktische Anwendung kommen konnte, eine Rechtswohlthat verleihen, damit sie bei dem Mangel eigenen Vermögens nicht in eine ihrem Stande unangemessene Dürftigkeit geriethen. Ein jedes beneficium legis sei aber also ausdehnend zu erklären, daß der Beneficiat den vollsten Genuß desselben empfängt.

L. 3 D. de const. princ.

2) Nach Nov. 22. c. 18 u. Nov. 53. c. 6 bestand die Portion der armen Wittwe immer in einer quarta. Sie erhielt solche eigenthümlich, selbst wenn sie mit Kindern concurrirte, ohne auf die Zahl der Letzteren Rücksicht zu nehmen.

3) Diese Bestimmungen änderte Justinian in Nov. 117. c. 5 nachmals ab, sowohl in Rücksicht des Eigenthums der Portion, als in Absicht der Größe derselben; jedoch wörtlich bloß in dem Falle, wenn die nachgebliebene arme Wittwe mit Kindern, aber nicht, wenn sie mit Ascendenten oder Collateralen des Mannes concurrirte.

4) Diese neuere Verordnung enthält eine lex abrogatoria oder correctoria der früheren Gesetze. Nach den allgemeinen Regeln der Interpretation muß aber jedes derogatorische oder correctorische Gesetz restrictiv und nicht extensiv erklärt werden. Das letztere würde der Fall sein, wenn man Justinian's neueste Verordnung auch auf andere Intestaterben des Mannes ausdehnen, und nicht bloß auf die Kinder desselben beschränken wollte.

5) Der Kaiser gedenkt in seinem, die Größe des Erbtheils der Wittwe nach der Zahl der Erben bestimmenden neuesten Gesetze wörtlich und ausdrücklich nur der Kinder. Diese zu begünstigen, war den natürlichen, zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verhältnissen völlig angemessen. Wäre es aber des Gesetzgebers Absicht gewesen, eben diese Begünstigung auch auf die anderen Intestaterben des Mannes, deren meistens vier oder mehr vorhanden zu sein pflegen, auszudehnen, so würde er sich ohne Zweifel ganz bestimmt darüber erklärt haben; wenigstens kann man in den Worten der Nov.: sin autem mulier liberos ex eo non habeat, jubemus, ut res, quae ex substantia viri ad eam venire hac lege jussimus, etiam jure dominii habeat, eine solche Absicht desselben umsoweniger deutlich erkennen, als sie mit der in allen früheren Gesetzen vorherrschenden allgemeinen Begünstigung der armen Wittwe nicht wohl zu vereinigen sein würde.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 6. Nr. 88.

IX.

Streitig und mit der vorigen Controverse im Zusammenhange ist die Frage, wie zu unterscheiden sei, wenn die Frau mit eigenen und mit Stiefkindern zusammentrifft.

Einige, welche der ersteren Ansicht von Löhr ꝛc. folgen, entscheiden sich dahin, daß die Frau die ganze ihr zufallende Portion ihren Kindern aufbewahren müsse.

Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 378.
Glück, Intestaterbfolge §. 123.
Boley, Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien Nr. 9. S. 319.
Ludolff, Lehre v. d. Intestaterbfolge §. 172. Nr. 1.

Die Anhänger der zweiten Ansicht unterscheiden: einmal könnte man annehmen, daß die Frau an der ganzen Portion den bloßen Nießbrauch erhalte, die Proprietät aber pro rata bei den eigenen und den Stiefkindern verbliebe:

Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 54.

Vergl.

Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 375.

oder man könnte der Wittwe, soweit sie mit Stiefkindern zusammentreffe, das volle Eigenthum, soweit sie aber mit eigenen Kindern concurrire, den bloßen Nießbrauch zugestehen:

Koch, bonor. possess. S. 485.

oder endlich, man könnte der Frau zwar allerdings den bloßen Nießbrauch von der ganzen Portion, das Eigenthumsrecht der ganzen Portion aber bloß den eigenen Kindern der Frau einräumen. Diese Ansicht stützt sich auf folgende Gründe: Justinian gehe nämlich davon aus, daß regelmäßig die Wittwe den bloßen Nießbrauch habe, und ihr nur in dem einen Falle das Eigenthum zukomme, wenn sie gar keine Kinder habe; und ebenso bestimmt spreche er auch aus, daß, wenn die Frau bloßes Nießbrauchsrecht habe, bloß den eigenen Kindern derselben das Nießbrauchsrecht zustehen solle. Liege hierin auch eine Inconsequenz, daß nämlich die Kinder aus zweiter Ehe dadurch eine größere Intestatportion aus dem Vermögen ihres Vaters erhalten, als die Kinder aus erster Ehe, so dürfe doch diese bloße Inconsequenz zu einer den Worten nicht entsprechenden Auslegung nicht bestimmen, und am wenigsten dürfe dieses bei einer Novelle Justinian's der Fall sein.

v. Vangerow, Pand. §. 488.
Löhr im civil. Archiv Bd. 22. S. 1.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.

Vergl.

Heidelberger Jahrb. Jahrg. 12. H. 8. S. 766.

X.

Streitig ist, ob die arme Wittwe sich etwaiges eigenes geringes Vermögen an ihrer Portion anrechnen lassen müsse.

Einige bejahen dies; denn auch eine dotirte Ehefrau sei von der Portion nicht auszuschließen, wenn der etwa eingebrachte Brautschatz zu gering sei, um ihr einen standesmäßigen Unterhalt, als Wittwe, zu verschaffen; sie müsse sich nur das Heirathsgut anrechnen lassen, denn erst durch diese Einwerfung mache sie sich gänzlich arm, und so zur Succession fähig.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 38. 17 de success. jur. nov. §. 47—48.
Stryk, de success. ab int. diss. 4. cap. 1. §. 22.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 482. Nro. 3.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 785. Nro. 4.
Ludolff, Intestaterbfolge §. 173.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. Nr. 41.

Andere meinen, sie müsse sich zwar anrechnen lassen, was sie aus dem Nachlasse ihres Ehemannes erhalten habe, also durch Legat, Schenkungen von Todeswegen und unter Lebenden, insofern letztere durch den Tod des Mannes convalesciren, indem sie ersteren dadurch in der Wirkung gleichkommen. Anderes eigenes geringes Vermögen komme jedoch nicht weiter in Betracht, Nov. 53. c. 6. §. 1: quod si uxor res quasdam proprias in domo viri, vel alibi sitas habeat, harum exactionem et retentionem nulla ratione immutatam habeat, et debitis viri nullatenus subjaceant, also auch nicht eine geringe dos. Müßte sie aber dieses ihr weniges eigenes Vermögen einwerfen, so würde sie ja auf keinen Fall den ihr vom Gesetz gegebenen vierten Theil aus dem Vermögen ihres Mannes erhalten:

Martin, Rechtsgutachten Bd. 1. Nr. 10. §. 11 u. 12.
Leyser, sp. 424. collat.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1078.
Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 2.
v. Vangerow, Pand. §. 488.

wogegen Schenkungen unter Lebenden, welche nicht etwa durch den Tod convalesciren, nicht eingerechnet werden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 976. S. 486. Not. 7.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 62.

Andere meinen, dasjenige, womit die arme Wittwe aus dem Vermögen des Ehemannes bedacht sei, brauche sie nicht zu conferiren, wenn sie mit ihren eigenen Kindern concurrire; denn die Nov. 53. c. 6 setze ausdrücklich eine Succession der Wittwe in die Proprietät ihres Antheils voraus, wogegen die Nov. 117 der Wittwe in jenem Falle nur einen Nießbrauch gebe:

Stryk, de success. ab int. diss. 4. cap. 1. §. 35.

Weber, diss. de success. superstitis conjug. paup. cap. 4. §. 17.

wogegen erinnert wird, daß sie, wenn obige Ansicht richtig wäre, im Fall wenn sie mit eigenen Kindern concurrire, ja mehr erhalte, als das Gesetz ihr sonst verwillige, und dies sei doch gewiß dem Geiste des Gesetzes entgegen.

Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 382.
Glück, Intestaterbfolge §. 124.

XI.

Streitig ist, ob der armen Wittwe ein Accrescenzrecht zustehe.

Die Anhänger derjenigen Meinung, daß die arme Wittwe Erbin sei, müssen ihr auch ein Accrescenzrecht gestatten; jedoch versteht sich dabei von selbst, daß, da die arme Wittwe nie mehr als den vierten Theil des Nachlasses ihres Ehemannes erhalten kann, das Accrescenzrecht ihr nur soweit zu Statten komme, als sie diesen Theil noch nicht erhalten hat, z. B. die Wittwe concurrirt mit sechs Kindern aus einer früheren Ehe des Mannes, von denen eines nicht Erbe wurde; hier müßte ihr ihr Antheil von der portio vacans zugesprochen werden. Umgekehrt aber, wenn sie nur mit zwei oder drei Kindern concurrirt, und eines ausfällt, so tritt für die Wittwe kein Accrescenzrecht ein.

Madihn, princ. jur. Rom. §. 60.
Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 385.
Glück, Intestaterbfolge §. 126.
Mühlenbruch in Glück's Band. Bd. 43. S. 301.
Baumeister, das Anwachsungsrecht S. 59—61.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 277.

Andere, welche der Frau kein Erbrecht, sondern nur eine successio singularis zugestehen, verweigern der Wittwe jedes Accrescenzrecht, weil dieses Recht nur unter mehren Legatarien stattfindet, denen die nämliche Sache in solidum hinterlassen ist, bei anderen Legatarien aber cessiren muß.

Stryk, de success. ab int. diss. 4. c. 1. §. 28.
Pufendorf, obs. 177. §. 2.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 2.

Vergl. oben Contr. 7.

XII.

Streitig ist, ob der Betrag des Antheils der armen Wittwe nach der Zahl der Intestaterben, mit denen sie concurrirt, oder nach der Zahl der Kinder bestimmt wird.

Einige meinen, es komme auf die Zahl der Intestaterben, mit denen sie concurrirt, an. Denn die Worte des Gesetzes, Nov. 117. c. 5:

Sin autem mulier liberos ex eo non habeat, jubemus, ut res, quae ex substantia viri ad eam venire hac lege jussimus, etiam dominii jure habeat,

zeigten, daß es nicht etwa bloß auf die Zahl der Kinder ankommen solle.

Donellus, Comm. de jur. civ. lib. 9. c. 1.
Stryk, success. ab int. diss. 4. c. 1. §. 41.
Koch, success. ab int. §. 12.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 54.
Höpfner, Instit. §. 702.
Thibaut, System §. 864.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1078.

Andere meinen, daß der Antheil der armen Wittwe nur in dem einzigen Falle auf eine Virilportion beschränkt werde, wenn sie mit Kindern des verstorbenen Mannes, sie seien mit ihr selbst oder in einer früheren Ehe erzeugt, zusammentreffe, und deren mehr als drei vorhanden seien; wogegen, wenn sie mit Ascendenten oder Seitenverwandten concurrire, sie jederzeit ihre quarta erhalte, ohne daß auf die Zahl der Miterben Rücksicht zu nehmen sei. Für diese Ansicht habe sich die Praxis erklärt, und stimme dieselbe nicht nur mit dem klaren Buchstaben des Gesetzes, welches bei Bestimmung der Größe des Erbtheils der armen Wittwe wörtlich und ausdrücklich nur der Kinder gedenke, überein, sondern habe auch die Regeln der Interpretation für sich. Justinian wollte nämlich durch Nov. 117. c. 5 die früheren Verordnungen nicht aufheben, sondern nur in eine schönere Gestalt bringen (κάλλιον ἑκάτερον νόμον διατυποῦντες). Natürlich könne also das verbessernde Gesetz nicht weiter ausgedehnt werden, als der Gesetzgeber das frühere Gesetz wirklich abändern wollte. Und die von den Gegnern ausgehobenen Worte der Nov. 117 gäben auch eine Absicht, die Intestaterben des Mannes auf gleiche Weise wie die Kinder zu begünstigen, nicht zu erkennen.

Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 24.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 38. 17. de success. jur. nov. §. 48.
Zachariä, Institut. des röm. Rechts S. 668.
Schweppe, röm. P.-R. §. 876.
Hüttner, Lehre von der gesetzl. Erbfolge §. 117.
Löhr in f. Magazin Bd. 3. S. 373.
v. Vangerow, Pand. §. 488.
Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 2.

Siehe das bei Contr. 8 Präj. 1 von der Justizcanzlei zu Celle abgegebene Erk. v. 13. Sept. 1816, in S. Baruch Benjamin c. Benjamin.

XIII.

Wenn es sich um die Bestimmung des Erbtheils einer armen Wittwe handelt, kann es von praktischem Interesse sein, zu ermitteln, ob die Berechnung der Intestaterbtheile der Enkel nach Stämmen oder nach Köpfen erfolge. Im Falle die sämmtlichen Enkel mehr als vier betragen, und von einem Sohne oder einer Tochter abstammen, ist es streitig, ob die Berechnung der Intestaterbtheile nach Köpfen oder Stämmen erfolge.

Einige meinen, in diesem Falle erfolge die Berechnung nach Köpfen.

Rotgersius, Comm. de success. legit. inprim. sec. Nov. 118. Vol. I. lib. 1. c. 7. §. 76 u. c. 8. §. 8.
Glück, Intestaterbfolge S. 83. (1. Ausg.)

Andere meinen, man müsse sich auch in diesem Falle für eine successio in stirpes entscheiden, da Justinian in Nov. 118. c. 2 ganz allgemein, ohne Unterscheidung, ob Enkel von einem oder von mehreren Söhnen vorhanden sind, sage, sie sollten in parentis sui locum succedere, also unius loco sein.

Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 164. Not. 8.
v. Vangerow, Pand. §. 415.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 506.
Mackeldey, Lehrbuch §. 622.
Süptitz, de nepotib. ex filio unico avo non in capita, sed in stirpes succed.
Büchel, Streitfr. S. 226.

Thibaut, System §. 856.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 434.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 683 u. 684.
Roßhirt, Erbrecht S. 284.
Glück, Intestaterbfolge 2. Ausg. §. 24.

XIV.

Ueber die Frage, nach welchen Gesetzen die Erbrechte der Ehegatten zu beurtheilen sind, wenn während der Ehe eine Veränderung ihres Domicils stattgefunden hat, spricht ein Erkenntniß vom Jahre 1836 sich dahin aus:

Präjudiz 1.

Da nun die der vorigen Entscheidung zu Grunde liegende Ansicht, daß die statutarischen Erbrechte der Ehegatten nicht nach den Gesetzen ihres Wohnorts zur Zeit der geschlossenen Ehe, sondern nach denen ihres Wohnorts zur Zeit des Todes des Ehemannes zu bestimmen sind, mit den bislang in praxi angenommenen Grundsätzen nicht im Einklang steht, vielmehr darnach die an sich wohlbegründete Meinung stets den Vorzug behauptet hat, daß die Güterverhältnisse und Erbrechte der Ehegatten, weil die Wahl des Wohnorts lediglich von dem Ehemanne abhängt und die in dem mit Eingehung der Ehe verbundenen stillschweigenden Vertrage begründeten Rechte durch die einseitigen Handlungen eines der Ehegatten, insonderheit durch die Veränderung des Domicils, nicht aufgehoben oder beschränkt werden können, lediglich nach den Gesetzen des Wohnorts zur Zeit der geschlossenen Ehe zu reguliren sind . . .

Jurist. Zeitung für das Königr. Hannover v. J. 1843. H. 2. S. 72. cf. ein Präjudiz des OAG. Celle, bekannt gemacht in der Gesetzsamml. am 8. Jan. 1845.

Intestaterbfolge.

Intestaterbrecht der Armenanstalten.

I.

Streitig ist, ob den Armenhäusern und sonstigen Anstalten, worin Dürftige verpflegt werden, ein Erbrecht in den Nachlaß solcher Beneficiaten zustehe.

Einige bejahen dies nach einer allgemeinen Praxis.
Koch, de success. ab int. §. 115. lit. a.
Engelbrecht, obs. sel. spec. 3. obs. 79.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1429.
Glück, Intestaterbfolge §. 204. S. 761.

Andere meinen, da weder ein Gesetz, noch eine allgemeine Praxis erweislich sei, so könne, wenn particularrechtliche Bestimmungen fehlten, das Erbrecht nicht zugebilligt werden.
Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 5.
Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 95.

Intestaterbfolge.

Intestaterbrecht der Corporationen und Zünfte.

I.

Nach römischem Rechte ist mehreren Collegien, Corporationen und anderen juristischen Personen ein Vorrecht auf die bona vacantia ihrer verstorbenen Mitglieder vor dem Fiscus eingeräumt, so den Curien, dem collegium naviculariorum, dem collegium cohortalium, fabricensium, L. 2 C. de his qui sponte munus aliqu. in Nov. Theodosii. L. 1 u. 4 C. de hered. decur. 6, 62, welche Bestimmungen mit den Instituten antiquirt sind.

Streitig ist aber, ob die desfallsigen Bestimmungen nicht auf andere Corporationen, namentlich auf Zünfte und Innungen zur Anwendung zu bringen seien.

Einige bejahen dies, gestützt auf Analogie unter Bezugnahme auf die römisch-rechtlichen Bestimmungen.
Peregrinus, de jure fisci lib. 4. c. 5. Nro. 11.
Stephani Comm. ad Nov. 118. Nro. 38.

Andere meinen, diese Ausdehnung lasse sich weder durch die Gesetze rechtfertigen, noch sei solche in der Praxis angenommen.
Glück, Intestaterbfolge §. 204.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 7. Med. 393.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 5.
Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 94.

Intestaterbfolge.

Intestaterbrecht des socius liberalitatis imperialis.

I.

Ist kein testamentarischer oder gesetzlicher Erbe vorhanden, und der Verstorbene war bei seinen Lebzeiten zugleich mit einem Anderen vom Landesherrn beschenkt, so soll der Antheil des Verstorbenen an der geschenkten Sache an den Mitbeschenkten fallen, L. un. C. si liberalitatis imperialis socius.

Streitig ist nun, ob dies eine Universalsuccession, ein Accrescenzrecht, oder ein jus singulare sei, und unter welchen Umständen es eigentlich eintrete.

Einige meinen, der socius sei wahrer Erbe.
Höpfner, Institut. §. 701. Not. 1.

Andere meinen, er bekomme den Antheil als collegatarius conjunctus vermöge des Accrescenzrechts.
Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 31.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 56.

Andere meinen, es sei hier eine successio singularis ganz eigenthümlicher Art, wobei es der Absicht des Gesetzgebers entsprechend sei, daß der socius hier für die Schulden pro rata hafte.
Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 5.

Andere meinen, der socius succedire nur, wenn der verstorbene Mitbeschenkte weder ein Testament noch Kinder nachgelassen habe; übrigens schließe er alle anderen Verwandten des Verstorbenen, auch dessen Ehegatten aus. Man sucht diese Erklärung aus der L. 1 Cod. Theod. si portionis socius sine herede def. zu rechtfertigen.
Höpfner, Institut. §. 701. Not. 1.

Andere lassen den socius erst dann succediren, wenn gar kein Erbe vorhanden ist, dergestalt, daß er nur den Fiscus ausschließt.
Glück, Intestaterbfolge §. 205.
Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 2.

Inventarserrichtung, liegt darin eine Erbschaftsantretung, s. Erwerb des Erbrechts c. 17.

Inventur, ist der Testamentsvollstrecker dazu verpflichtet? s. Testamentsexecutor c. 3.

— — Restitution gegen versäumte Errichtung derselben, s. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Irrthum bei letztwilligen Dispositionen.

v. Vangerow, Pand. §. 431.
Glück, Pand. Bd. 40. S. 196 f.

I.

Wenn der Testator eine bestimmte Person namentlich honorirt, ihr aber irrig eine Eigenschaft beilegt, welche sie nicht hat, so tritt die Regel ein: falsa causa non nocet, §. 31 Inst. 2, 20. L. 1 C. 6, 44. Ein Anderes ist es, wenn die irrige Voraussetzung des Testators absolut nothwendig und unzertrennlich mit der Hauptbestimmung zusammenhängt, indem dann diese mit jener zusammenfällt.

Streitig ist dabei, z. B. wenn ein Testator eine Verwandte mit dem Beisatze, da sie ihm zur Succession am nächsten stehe, zum Erben einsetzt, oder wenn der Vater dem jüngsten Sohne den Hof zuwendet, weil sein Anspruch auf das im Landestheile geltende Minorat gegründet sei, und gleichwohl bewiesen würde, daß die Verwandte nicht die Nächste sei, oder daß der Landesgebrauch dem ältesten Sohne zu Statten käme — ob dann die Erbeseinsetzung ungiltig sei.

Einige meinen, gestützt auf L. 9 pr. D. de hered. inst. u. L. 4 C. 6, 24, die Erbeseinsetzung sei ungiltig.

Barry, de success. lib. 2. tit. 6. Nro. 7.
Struben, rechtl. Bed. Bd. 5. Nr. 37. Not. c.

Vergl.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 431. Not. 2.

Andere meinen, solcher irriger Beweggrund mache die Disposition nicht ungiltig, vorausgesetzt, daß der Testirer nicht selbst darüber im Irrthum gewesen, und lediglich durch diesen Irrthum zu seiner Disposition bestimmt sei, in welchem Falle denjenigen, welche dabei ein Interesse haben, dies zu beweisen nachgelassen werden müsse. Vergl. L. 4 C. de hered. inst. L. 72. §. 6 de cond. et demonstr. L. 14. §. 2 D. de lib. et postum.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 198.
Puchta, Lehrbuch §. 472.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 793. S. 46.

Hiergegen siehe

v. Savigny, System Bd. 3. S. 381.

Präjudiz 1.

Falsa causa non nocet, ist ein namentlich auch bei letztwilligen Verfügungen allgemein geltendes Princip.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 3. S. 114. 304. 341. 381.

Aus einzelnen in den Quellen enthaltenen Ausnahmen von dieser Regel selbst wieder einen jenes Princip modificirenden allgemeinen Grundsatz abzuleiten, erscheint als ein unter allen Umständen bedenkliches Verfahren, — um so bedenklicher, wenn die einzelnen Ausnahmsfälle unter sich ganz verschiedener Natur sind und bei jedem ihm eigenthümliche Rücksichten eintreten, wie dieses hier der Fall ist. Einige in den Quellen enthaltene Ausnahmsfälle betreffen das Legat, andere das Testament; einige die Erbeseinsetzung, andere die Enterbung u. s. w.

Wenn daher auch angesehene Rechtslehrer aus den einzelnen Ausnahmsfällen bei letztwilligen Verfügungen den allgemeinen Grundsatz abgeleitet haben: der Irrthum mache eine darauf beruhende letztwillige Verfügung ungiltig, wenn er von der Beschaffenheit sei, daß man annehmen müsse, der Testator würde sie ohne ihn nicht gemacht haben:

Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 472.
v. Vangerow, Leitfaden zu Pandektenvorlesungen Bd. 2. S. 431.
Göschen, Pandektenvorlesungen Bd. 3. §. 793. S. 46.

so verdient doch die Ansicht, welche

Savigny, a. a. O. S. 381.

ausgesprochen hat, daß man bei den in den Quellen enthaltenen Ausnahmsfällen stehen bleiben müsse, entschieden den Vorzug.

Erk. des OAG. zu Jena, eingeholt bei dem Spruchcollegium zu Erlangen, vom 17. März 1856, in S. Joh. Heinr. Bücher, als Altersvormund Albert Schumann's zu Thangelstedt, c. Sophia Maria Anding, geb. Schumann, nebst Genossen daselbst.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 58.

Irrthum des Erblassers in Beziehung auf Vermächtnisse, s. Betrug c. 7.

— — bei der Theilung der Erbschaft, s. judicium familiae herciscundae c. 7.

Juden, deren Erbfolge, s. Delation der Erbschaft c. 7; desgl. Erbunfähigkeit, absolute c. 11.

Judicium familiae herciscundae.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 1 f.
Roßhirt, testamentar. Erbrecht Bd. 2. §. 133. S. 81 f.
Müller in Gießer Zeitschr. Bd. 1. S. 313 f.
Linde das. S. 317 f.
Hugo in Göttinger G. A. 1828. St. 117. S. 1165.
Westphal, System der Lehre von einzelnen Vermächtnißarten u. der Erbtheilungsklage (1793).
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 3. S. 947 f.
Sintenis, Civilrecht §. 188.

I.

Streitig ist, ob das judicium familiae herciscundae eine dingliche, persönliche oder gemischte Klage sei.

Einige halten sie für eine persönliche Klage.

Mehl, Dissert. über das judic. fam. herc. p. 6.
Voet, de famil. herc. cap. 1, Nro. 10.

Andere meinen, die Klage gehöre zu den actiones mixtae, sofern darunter solche Klagen verstanden würden, die ein Realrecht voraussetzen, aber doch nur gegen eine bestimmte Person, welcher auch ein Realrecht zugestanden werde, stattfänden, und welche ein ausschließliches Recht auf die Sache erst bewirken sollten. Die Klage sei nur dann als persönliche anzusehen, wenn eine Theilung bereits geschehen sei, oder diese wegen des Unterganges oder Verlustes der Sache nicht mehr geschehen könne.

Hugo, Lehrbuch der Pand. §. 201.
Cocceji, jus controv. 10. 2. qu. 1.
Dabelow, Handbuch des heutigen P.-R. Th. 2. §. 1386.
Westphal, Lehre von Vermächtnißarten u. der Erbtheilungsklage §. 674.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 5.

Siehe hiergegen

Sintenis, Civilrecht §. 188. Not. 1, in Verbindung mit §. 29. Not. 13.

Präjudiz 1.

Bei der Erbtheilungsklage treten, obgleich selbige zu den actionibus mixtis gerechnet wird, ganz die bei persönlichen Klagen geltenden Rechtsgrundsätze ein, L. 24. §. 4 D. fam. herc.; sie geht gegen Miterben ohne Unterschied, ob diese von der Erbschaft etwas besitzen oder nicht, L. 25. §. 2 eod.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 4. Jan. 1831, in S. Schmidt c. Funke.

Präjudiz 2.

Die actia fam. herc. bezieht sich auf die persönlichen Leistungen und die Communication des von der Erbschaft gemachten Gewinnes.

L. 22. §. 4 D. famil. bercisc. 10, 1.
§. 20 Inst. de actton. 4, 6.
L. 19. 44. §. 3. L. 56 D. famil. bercisc.
L. 9. 17 C. eod. 3, 36
§. 4 Inst. de off. jnd. 4, 17.
Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom Juni 1834, in S. Rudolph c. Bolly.

II.

Wird von dem Verklagten das Miterbrecht des Klägers geleugnet, so streitet man, ob und wann der Kläger zur Anstellung der hereditatis petitio, als Präjudizialpunkt, zu verweisen sei.

Einige meinen, man müsse unterscheiden, ob der Verklagte im alleinigen Besitz, oder im Mitbesitz, oder ob der Kläger im Alleinbesitz der Erbschaft sei. Besitze der Verklagte die Erbschaft allein, so müsse der Kläger mit der actio famil. hercisc. zur Zeit ab-, und zur hereditatis petitio partiaria verwiesen werden; sei der Kläger im Mitbesitz, so sei die Erbtheilungsklage „nicht ganz unstatthaft", wenn auch der Verklagte das Miterbrecht des Klägers bestreite. Er brauche daher keine neue Klage anzustellen, sondern es werde der Präjudizialpunkt des Erbrechts bloß als Incidentpunkt behandelt und ausgemacht, nächstdem aber zur Entscheidung der Erbtheilungssache geschritten. Wenn aber der Kläger die Erbschaft allein besitze, und der Verklagte behaupte, alleiniger Erbe zu sein, so würden beide Klagen als resp. Convention und Reconvention behandelt und entschieden.

Glück, Pand. Bd. 11. S 9 f.
Schweppe, röm. P.-R. §. 598.
Schmidt, Comment. über seines Vaters Lehrbuch von Klagen Bd. 3. §. 624.
Westphal, System der Lehre oan einzelnen Vermächtnißarten §. 699 u. 700.
Göschen, Vorlesungen §. 541.
Puchta, Vorlesungen Th. 2. S. 224.

Andere meinen, jene Regeln seien zwar im römischen Rechte enthalten, jedoch nur vom römischen Formularproceß zu verstehen. In einer Klageschrift, wie sie das heutige Proceßrecht verlange, werde, wenn der Verklagte allein besitze, nicht nur neben der behaupteten Eigenschaft, daß Kläger Miterbe sei, und der Angabe, daß Verklagter die Erbschaft besitze, das Gesuch um Herausgabe der Erbschaft pro parte (hered. petit. partiaria) wohl niemals fehlen, sondern dies würde offenbar, wenn unter solchen Umständen bloß Theilung beantragt sei, durch Interpretation dieses Gesuches von Amtswegen zu ergänzen sein. Nur wenn die Angabe, daß Verklagter allein besitze, fehle, lasse sich dies nicht rechtfertigen; allein daß in der Klage der Umstand, wo sich denn die Erbschaft eigentlich befinde, gar nicht selbst zur Sprache gebracht sein, lasse sich gar nicht denken, wenn sie überhaupt für genügend substantiirt gehalten werden sollte. Es werde also als Regel anzunehmen sein, daß heutzutage eine Klageschrift, worin Erbtheilung beantragt sei, die Elemente der hered. pet. zugleich umfassen werde, so daß der Streit um die Erbschaft werde entschieden werden können, und wo dies nicht zutreffen sollte, da werde die Klageschrift so beschaffen sein, daß sie wegen Unvollständigkeit und Dunkelheit zurückzuweisen sei, und nicht erst auf den römischen Satz in L. 1. §. 1 D. Famil. hercisc. 10, 2: ne praejudicium hereditati fiat — zurückgegriffen zu werden brauche.

Sintenis, Civilr. §. 188. Not. 2.
Behnke im Magazin für hannov. Recht Th. 5. S. 271.

Präjudiz 1.

Die Erbtheilungsklage wird nicht durch den Besitz von Erbschaftsgegenständen auf Seiten des Beklagten, sandern nur dadurch bedingt, daß die Gemeinschaft zwischen den mehren Miterben nach fartbesteht. Der Miterbe muß Alles, was er vam Erblasser empfangen hat, manifestiren, und ist erst in dem künftigen Auseinandersetzungsverfahren darüber zu erkennen, welche Vermögensabjecte zu conferiren seien. Das Erbieten des Klägers, das seinerseits Empfangene zu conferiren, genügt für die Erbtheilungsklage, der Beklagte hat sadann über die von ihm zur Masse zu liefernden Canferenden den Manifestationseid gleichsalls zu leisten.

Erk. des OAG. zu Celle vom J. 1850, in S. Haav's zu Lammspringe c. Steinshoff daselbst, wegen Erbtheilung.
Seuffert, Archio Bd. 9. Nr. 190. sub 2.

Präjudiz 2.

In einem am 14. Dec. 1854, in S. Becker c. Hoffmeister wegen Erbtheilung eröffneten Urtheile des dritten Senats des OAG. zu Celle ist angenammen:

daß die Erbtheilungsklage, welche von einem angeblichen, im Besitz seines Antheils sich nicht befindenden Miterben wider seinen, im Besitze des Nachlasses oder einzelner Stücke aus demselben sich befindenden angeblichen Miterben erhoben worden, zurückgewiesen werden müsse, weil Verklagter dem Kläger das Miterbrecht bestreite, indem regelmäßig mit der Erbtheilungsklage über das Dasein des sie erzeugenden Miterbrechts nicht gestritten werden könne, L. 1. §. 1 D. famil. hercisc. 10, 2, der desfallsige Streit vielmehr mittelst der Erbschaftsklage ausgefochten und auf diese Weise zu einem Austrage gebracht werden müsse, welcher geeignet sei, für oder wider die Zuläßigkeit der Erbtheilungsklage eine bündige Varentscheidung, ein bestimmtes Präjudiz abzugeben.

Magazin für hannoo. Recht Th. 5. S. 271.

Präjudiz 3.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Auf Grund der
fr. 18 de except. 44, 1.
fr. 1. §. 1 famil. bereisc. 10, 2.
sind manche Juristen der Ansicht,
vergl. Schmidt, Commentar über Schmidt's Lehrb. von Klagen und Einreden Th. 3. S. 414.
Schweppe, röm. P.-R. 3. Aufl. §. 598.
Göschen, Varlesungen §. 541. Th. 3. S. 669.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht §. 373. Th. 2. S. 224.

es müsse die Gemeinschaft, deren Aufhebung mittelst der actia communi dividondo gefordert werde, ebenso allseitig anerkannt sein, als bei der actio familiae herciscundae das Miterbrecht, und wo es nach streitig sei, ob überhaupt oder zu welchem Antheile die klagend auftretende Partei ein Miteigenthum an der betreffenden Sache ansprechen könne, müsse diese Frage erst in einem präjudiziellen Vorprocesse mittelst der rei vindicatio oder sonst ins Klare gestellt werden. Indessen, theils besagen obige Gesetzstellen nichts weiter, als daß, was hier nicht geschehen ist, der Beklagte mittelst sog. exceptio praejudicii die Separatverhandlung der Varfrage, ob eine communio existire, verlangen könne, theils hat schon das spätere römische Recht,

arg. C. 1 de ord. judic. 3, 8.

den Grundsatz uneingeschränkt anerkannt, daß auch für präjudicielle Incidentfragen dem Richter der Hauptsache die Cognitionsbefugniß zustehe. Jedenfalls aber ist in dem heutigen, auf der Eventualmaxime beruhenden Processe an dem allgemeinen Princip festzuhalten, daß Präjudicialfragen weder nothwendig, noch auch nur regelmäßigerweise separatim verhandelt und unter Sistirung der Hauptsache zu vorgängiger Erledigung gebracht zu werden brauchen; daß dies vielmehr nur in Ausnahmsfällen und aus besonderen Gründen eintrete, an welchen letztern es vorliegenden Falls, wo beide Streitpunkte vor denselben Richter gehören und beide im ordentlichen Processe zu verhandeln wären, gänzlich fehlt.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Jan. 1851, in der Frankfurter Sache Hartmann c. Wittwe Schenk.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 152.

Präjudiz 4.

Eine Erbschaft, obwohl universitas, ist ihrem Begriffe und Wesen nach theilbar, und die Erbschaftsklage kann, wie von einzelnen Miterben, so gegen einzelne Miterben oder Besitzer dahin, daß sie dem Kläger in Ansehung des ihm gebührenden ideellen Erbtheils an dem, was sie von der Erbschaft besitzen, gerecht werden, angestellt werden, ebenso wie sie dann aber auch gegen Einzelne der ursprünglich Verklagten, wenn sich etwa die Uebrigen mit dem Kläger verglichen, fortgesetzt werden kann, L. 1. L. 2. L. 6. L. 8 D. si pars hered. pet. 5, 4 L. 10. §. 1 D. de hered. pet.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 23. Nov. 1835, in S. Hilzheimer c. Seligmann.

III.

Der Kläger gesteht durch Anstellung der actio famil. hercisc. dem Verklagten das Miterbrecht zu.

Streitig ist aber, wie mit diesem Satze die L. 37 D. fam. hercisc. 10, 2 — qui familiae herciscundae judicio agit, non confitetur, adversarium sibi coheredem esse, — im Einklange stehe.

Einige suchen sich durch Wegstreichen des „non" in dem Gesetze zu helfen.

Noodt, Comm. ad D. 10. 2 oper. T. 2. p. 238.
Voet, Comm. ad D. 10. 2. §. 10.
Westphal, von einzelnen Vermächtnißarten §. 703.

Andere lesen statt „non" „mox" oder „modo".

H. Canoegieter, obs. jur. Rom. lib. 1. cap. 17. p. 113.

Andere erklären die Stelle so: wer die Erbtheilungsklage anstellt, räumt dem Verklagten das Miterbrecht nicht schlechterdings ein; er kann daher, wenn er sich in dem Miterbrechte des Verklagten geirrt hätte, nachher noch immer die Erbschaftsklage anstellen.

Cujacius, obs. lib. 9. cap. 36.
Huber, prael. ad P. 10. 2. §. 3.
Wissenbach, exerc. ad P. disp. 22. th. 9.
Schulting, thes. controv. dec. 28. th. 5.
Pothier, Pandectar. Just. T. I. Nro. 19. not. s. p. 305.
v. Vangerow, Pand. §. 387.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. §. 135.
Puchta, Pand. §. 511. d.
Sintenis, Civilrecht §. 188. Not. 2.

Andere unterscheiden zwischen supponere und fateri. Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räume nicht sowohl ein, daß der Verklagte Miterbe sei, sondern setze dies nur voraus; beruhe nun diese Begünstigung in einem Irrthum, so könne daraus kein giltiges Geständniß gefolgert werden.

A. Faber, ration. ad P. 10. 2.

Andere meinen, die Stelle sei zu verstehen: wer die Erbtheilungsklage angestellt hat, kann noch immer pönitiren und zur hered. pet. übergehen, so lange der Verklagte nicht rechtskräftig für einen Miterben erklärt sei.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 10. 2. §. 9.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 3061. not. b.

Andere verstehen die Stelle von dem Verklagten, welcher mit der Erbtheilungsklage belangt sei, nach der Regel: reus excipiendo non fatetur.

Hotomao, obs. lib. 5. c. 1.

Andere setzen hinter coheredem ein Fragezeichen, und erklären das non durch nonne.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 15.

IV.

Streitig ist, ob eine Nichtigkeit des Erbtheilungsverfahrens anzunehmen sei, wenn einzelne Sachen ungetheilt geblieben sind.

Einige behaupten dies wegen L. 25. §. 20. L. 27 D. famil. hercisc. 10, 2, wobei jedoch solche Sachen zu verstehen seien, welche den Gegenstand der Klage ausmachten, indem, wenn sich in der Folge Sachen, zur Erbschaft gehörig, fänden, die Theilung durch die act. commun. div. zu bewerkstelligen sei.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 69 und die S. 71. Not. 92—95 Allegirten.
Westphal, von den einzelnen Vermächtnißarten §. 693.

Andere meinen, eine Nichtigkeit entstehe nicht, wenn einzelne der Klage untergelegte Erbschaftsgegenstände nicht getheilt seien, arg. L. 20. §. 4 D. famil. herc.

Sintenis, Civilrecht §. 188. Not. 19.

Andere verstehen die L. 25 u. L. 27 cit. bloß von persönlichen Leistungen, weil die Theilung selbst durch Adjudication und Condemnation geschehe.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. c. 38.
Voet, comm. ad P. 10. 2. §. 25.
Cujacius, obs. lib. 23. c. 1.

Präjudiz 1.

Eine außergerichtliche Theilung schließt das jud. famil. hercisc nicht aus, L. 32 D. famil. hercisc. L. 11. L. 21 C. eod. Ob noch etwas vorhanden sei, was getheilt werden muß, darüber kann eidliche Manifestation gefordert werden.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 4. Jan. 1831, in S. Schmidt c. Funke.

Präjudiz 2.

Es sind zwar Forderungen und Schulden (nomina) einer Erbschaft ipso jure getheilt,

L. 6 C. famil. hercisc. 3, 36.

dieses schließt jedoch nicht aus, ja es ist oft nicht bloß zweckmäßig, sondern sogar nothwendig, daß sie zur Theilung mit gezogen werden, sei es auf Verfügung des Erblassers,

L. 11 pr. D. famil. hercisc. 10, 2.
L. 77. §. 18 D. de legat. II.

oder des Theilungsrichters,

L. 3 D. famil. hercisc. 10, 2.
L. 4 u. 14 D. de distr. pign. 20, 5.

oder in Folge eines Vertrags der Erben,

L. 2. §. 5 D. famil. hercisc. 10, 2.
L. 23 C. eod. 3, 36.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 22. April 1836, in R.-S. Ludwig Wollschläger, Curator, c. Friedrich Wollschläger, Curator.

V.

Ueber die Frage, ob sämmtliche Mit-

erben auf Erbtheilung in Anspruch genommen werden müssen? sprechen sich nachfolgende Erkenntnisse aus:

Präjudiz 1.

Nach richtiger Auslegung der Quellen wird für die rechtliche Zulässigkeit der Erbtheilungsklage nicht erfordert, daß sämmtliche Miterben auf Erbtheilung in Anspruch genommen werden. Der Einwand, daß mehrere zur Theilung verpflichtete Miterben außer dem Beklagten vorhanden seien, kann daher eine Abweisung der Klage in angebrachter Art nicht rechtfertigen.

Erk. des OAG. zu Celle vom J. 1850, in S. Oehlmann zu Celle c. Oehlmann auf der Neustadt vor Celle, wegen Erbauseinandersetzung und Forderung.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 190. sub 1.

Präjudiz 2.

1) Der Zweck der actio famil. herc. besteht, wie namentlich aus folgenden Gesetzstellen folgt,

L. 1 pr. D. famil. hercisc.
L. 2 pr. eod.

darin, daß durch sie die Theilung der Erbschaft bewirkt werde. Insoweit es sich um die Erreichung dieses Zweckes handelt, beruht die sog. Universalität und Duplicität des jud. famil. hercisc. außer allem Zweifel. Hiervon sind aber die Fragen verschieden, unter welchen Personen das angebliche judicium stattfinden könne, auf welche Objecte das letztere sich beziehe und ob namentlich die Erben gegenseitig zur Collation berechtigt oder verpflichtet seien. In allen diesen Fällen kann schon äußerlich darüber, welche Partei die Stelle des Klägers, und welche die Stelle des Beklagten vertrete, ein Zweifel nicht entstehen. Denn es wird hier immer nur Einer — nämlich derjenige, welcher die Theilung des Nachlasses, oder die Beziehung eines Gegenstandes zur Theilungsmasse, oder die Collation verlangt, — auf Entscheidung antragen, und der Antragsteller ist, soweit es sich um die Frage handelt, ob die Weigerung des Gegentheiles begründet sei, der Kläger, während der andere Theil die Stelle des Beklagten vertritt. Indessen

2) ist es, auch selbst abgesehen hiervon, ein bekannter Grundsatz, daß durch das, was zwischen den streitenden Parteien vor Gericht verhandelt und entschieden wird, den Rechten an dem Processe nicht theilnehmender dritter Personen nicht präjudizirt wird.

tit. Cod. inter alios acta vel judicata aliis non nocere.
L. 1. 3. 7. §. 4. L. 22. 29 D. de except. rei judicat.

Eine Ausnahme hiervon rücksichtlich des jud. fam. herc. wird nirgends gemacht und es muß daher auch bei dem letzteren die Regel gelten, daß lediglich über die Rechte derjenigen entschieden werden könne, unter denen das judicium stattfindet. Es kann daher,

3) wenn bloß einige von mehreren Erbinteressenten an dem jud. fam. herc. Theil nehmen, ein Fall, der allerdings vorkommen kann,

man vergl. L. 2. §. 4 D. fam. herc.
Voet, Comment. ad P. lib. 10. tit. 2. pos. 12.
Pufendorf, obs. tit. 4. obs. 40.
Vangerow, Leitfaden Bd. 3. S. 386.

die richterliche Entscheidung bloß das gegenseitige Rechtsverhältniß derjenigen Erbinteressenten, welche an dem Processe Theil nehmen, betreffen, und bloß zwischen diesen Rechtskraft erhalten.

Urthel des OAG. zu Dresden vom Monat April 1853, in Christian Ernst Knothe's Nachlaßsache.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. für Sachsen N. F. Bd. 12. Hft. 5. Nr. 48. S. 460.

Präjudiz 3.

Eine Erbauseinandersetzung kann nach der Natur der Sache nicht anders, als in einem gemeinschaftlichen Verfahren bewerkstelligt werden, besonders, wenn der auf Erbtheilung klagende Theil die Collationsverbindlichkeit anderer Miterben als des Verklagten — eine mit diesem nicht auszumachende quaestio de jure tertii — urgirt. Denn obgleich L. 2. §. 4. L. 43 D. fam. herc. vergl. mit L. 8 pr. comm. div. den Satz aufstellt: judicio familiae herciscundae pauciores heredes ex pluribus accipi posse, so muß doch solches von dem Falle eines Einverständnisses der Litiganten hierüber um so mehr verstanden werden, als Paulus, recept. sentent. lib. 1. tit. 18. §. 4 sagt: judex familiae herc. nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est; alioquin inutiliter datur. Unter übrigens geeigneten Umständen können jedoch alsdann die übrigen Miterben adcitirt werden.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 4. Jan. 1831, in Sachen Schmidt c. Funke.

Gleichmäßig ward entschieden vom LG. durch Erk. vom 30. Oct. 1832, in S. Elsmann c. Diedrichs; desgl. vom 10. Nov 1820, in S. Gödeke c. Berger; desgl. vom 1. Nov. 1821, in S. Altemann c. Altemann.

VI.

Eine einmal gemachte und vollzogene Erbtheilung kann nicht wieder umgestoßen werden, L. 8 C. commun. utriusque judic.

Streitig ist aber, ob nicht eine Ausnahme stattfinde, wenn ein Theil aus Irrthum den andern Theil für einen Miterben gehalten hat.

Einige meinen, in diesem Falle mache das römische Recht einen Unterschied, ob die Theilung durch richterliche Adjudication erfolgt sei oder nicht; in jenem Falle solle die Theilung nicht angefochten werden können, in diesem aber die condictio indebiti gestattet sein, um das zurückzufordern, was der falsche Erbe von der Erbschaft erhalten habe, L. 36 D. fam. herc.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 83.

Andere meinen, die in Folge richterlichen Erkenntnisses geschehene Theilung könne überhaupt nur durch in integr. restitutio, sowie wegen Rechnungsfehler und Bestechung des Richters angefochten werden, L. 1. §. 1 D. quae sent. sine appell. L. 7 C. quando provocare.

Sintenis, Civilrecht §. 188. Not. 23.

Denn soviel die L. 36 cit. betreffe, so könne doch nur dasjenige für entschieden gehalten werden, worüber unter den Parteien gestritten worden; nun aber sei in dem Falle, wo man gegen den vermeinten Miterben auf Theilung geklagt habe, die Frage, ob der Verklagte wirklich Miterbe sei, in der L. 36 cit. gar nicht zum Streite gekommen, habe folglich auch durch die Adjudication gar nicht entschieden werden können. Es sei also die Voraussetzung zu supponiren, daß das Erbrecht unter den Parteien unbezweifelt sei, wobei dann ein anderweiter Irrthum der Entscheidung nicht weiter im Wege stehe.

Voet, Comm. ad P. 10. 2. §. 34.
Westphal, einzelne Vermächtnißarten §. 840.

VII.

Streitig ist, ob eine richterliche Theilung anzufechten sei, wenn eine Verletzung aus Irrthum geschah, jedoch eine Remedur durch Appellation unmöglich sei.

Einige leugnen dies, wenn die Läsion auch noch so erheblich sein sollte, ob rei judicatae auctoritatem.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 10. 2. §. 24.
Berger, oeconom. jur. lib. 3. tit. 6. §. 3. not. 9.
Westenberg, Dig. 10. 2. §. 19.
Schaumburg, compend. jur. D. 10. 2. §. 10.
Böhmer, introd. in jus Dig. 10. 2. §. 225.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 3058.
Sintenis, Civilrecht §. 189. Not. 23.

Andere meinen, das Urtheil könne wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden.

Voet, de famil. herc. cap. 14. Nro. 5.
H. Cocceji, diss. de remed. t. 3 Cod. commun. utriusque jud. sect. 1. §. 5.
S. Cocceji, jur. civ. contr. 10. 2. qu. 6 u. lib. 18. tit. 5. qu. 11 u. 13.

Andere unterscheiden, ob durch das richterliche Urtheil der Erbe in dem ihm gebührenden Antheile selbst, oder ob er bloß im Anschlage der ihm zu Theil gewordenen Sache verletzt sei; in jenem Falle, wo der Richter Jemandem, der z. B. zum dritten Theile Erbe sei, dennoch nur soviel Sachen zugesprochen habe, daß sie, nach dem vom Richter selbst gemachten Anschlage, nur $1/4$ der Erbschaft ausmachten, sei ein error in calculo, welcher, auch wenn ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliege, anfechtbar sei, vorhanden; im letzteren Falle komme zwar dem verletzten Erben, wenn Gründe dazu vorlägen, das benef. in integr. restitutionis zu Statten; sonst aber werde der Verletzte selbst wegen laesio enormis nicht geschützt.

Griesinger, Commentar Bd. 3. S. 652.
Emminghaus ad Coccej. T. II. lib. 18. tit. 5. qu. 13. not. c.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 90 f.

VIII.

Streitig ist, ob die actio fam. herc. nur einmal angestellt werden könne.

Fast Alle meinen, unter Berufung auf das römische Recht, L. 20. §. 4 D. fam. herc. 10, 2, daß die act. fam. herc. nur einmal angestellt werden dürfe, und es müsse, wenn einzelne Gegenstände ungetheilt geblieben seien, zu der act. commun. divid. gegriffen werden. Dies beruhe, insofern es der Auflösung der communio bezüglich der hereditas gelte, in der Nothwendigkeit. L. 44. §. 2 D. eod. L. 17 C. 3, 36.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 86 f.
Schweppe, röm. P.-R. § 860. S. 215. Not. 4.
Thibaut, System §. 881.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 516.

Andere meinen, diese Regel habe nach Wegfall des Formularprocesses ihre praktische Bedeutung so ziemlich ganz verloren, indem in Betracht der Erfordernisse der Abfassung der heutigen Klageschriften in solchen Fällen nicht leicht die Auffassung möglich sein werde, daß nicht die actio commun. divid. angestellt sei.

Sintenis, Civilr. §. 188. Not. 23.

Präjudiz 1.

In einem gegebenen Falle verlangten die Kläger als Miterben von Ascendenten, Participation an den Erträgnissen von Erbschaftsrealitäten, ohne daß nachgewiesen war oder auch nur mit Bestimmtheit behauptet wurde, es habe eine Erbtheilung bereits stattgefunden. Es wurde indessen das hieraus gegen die angestellte actio communi dividundo erhobene Bedenken für unerheblich erklärt. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen:

Auch unter den Miterben ist nicht etwa bloß, was auf Grund von

fr. 20. §. 4 famil. hercisc. 10, 2.

allgemein anerkannt wird, in dem Falle die actio communi dividundo statthaft, wenn bei der förmlichen Erbtheilung einzelne Nachlaßstücke ungetheilt geblieben sind; sondern es darf dieselbe auch zu dem Behufe angestellt werden, um vorweg und vorbehältlich des judicium familiae herciscundae die Theilung bestimmter zum Nachlaß gehörigen Sachen zu bewirken. Dies erhellt aus

fr. 44 pr. eod. und
fr. 34 in f. pro socio 17, 2.

zur Genüge und kann für die Ansicht,

vergl. Schulting, notae ad Dig. L. 44 Dig. cit. (T. II. p. 491)

daß hier nur von nicht zur Erbschaft gehörigen, sondern anderweitig zwischen den Miterben gemeinschaftlichen Sachen die Rede sei, weder in der Fassung obiger Stellen eine ausreichende Unterstützung gefunden, noch vollends diese Interpretation als allgemein recipirt angesehen werden, indem es bereits die Glosse für unerheblich erklärt, ob ex hereditaria causa vel aliunde die betreffende Sache zu einer res communis geworden sei,

Gl. communes sint ad fr. 44 cit.
Gl. agi ad fr. 34 cit.

und angesehene Rechtslehrer der späteren Zeit sich entschieden dahin aussprachen, daß auch wegen Theilung einzelner Stücke eines noch ungetheilten Nachlasses die actio communi dividundo unter den Miterben Platz greife.

Cujacius ad L. 1 Dig. fam. hercisc. (opp. ed. Fabrot. T. VII. p. 512 med.)
Faber, rational. in Pand. ad legg. cit.
Voet, Pand. lib. X. tit. 2. §. 30.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Jänner 1851, in der Frankfurter Sache Hartmann c. Wittwe Schenk, Forderung aus gezogenen Nutzungen betr.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 39.

IX.

Streitig ist, ob bei Theilung von Erbschaftsgrundstücken die Verloosung unter den Betheiligten nur in subsidium eintreten dürfe.

Einige meinen, der Richter müsse, wenn keine Ausgleichung durch wechselseitige Vertheilung mehrer Sachen möglich sei, solche dem Miterben zusprechen, welcher das Meiste biete, oder bei gleichem Gebot den größten Antheil an der Sache habe, L. 22. §. 1. L. 32. §. 1 fam. herc. 10, 2. Ueberböten sich die Erben nicht, so müsse der Richter die Sache öffentlich zum Verkauf ausbieten, L. 3 C. eod., oder, wenn die Erben dies nicht wollen, durch Theilung der Rechte an der Sache Auskunft treffen, L. 6. §. 1 D. de usufr. Habe der Richter die mehren Sachen in Portionen getheilt, oder haben, wo dies nicht geschehen konnte, mehre Erben gleich viel geboten, so entscheide das Loos, aber doch nur dann, wenn der Richter sonst keinen vernünftigen Entscheidungsgrund finden könne, L. 5 D. fam. herc. 10, 2. L. 3 C. commun. de leg. 6, 43, vergl. mit L. 8 D. de pact. 2, 14.

Vinnius, quaest. sel. lib. 1. c. 35.
Struben, rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 28.
Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. S. 238.
v. Hartitzsch, Entsch. prakt. Rechtsfr. S. 262.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 52.

Andere meinen, wenn die Theilung einer Mehrheit von Erbschaftsgrundstücken durch Verloosung unter den Betheiligten geschehen könne, so sei dieselbe dem Wege der öffentlichen Versteigerung vorzuziehen, indem Niemand, selbst justo pretio, seine Sache wider Willen verlieren solle, L. 52. §. 3 D. fam. herc. 10, 2. §. 4 Inst. 4, 17. L. 22. §. 1. L. 55 D. fam. herc. L. 3 C. 3, 37.

Holzschuher, Th. 3. S. 221.

Präjudiz 1.

Wenn Miterben darüber streiten, ob die Theilung einer Mehrheit von Erbschaftsgrundstücken durch Verloosung unter den Betheiligten (mit etwaigen Hinauszahlungen) oder durch Versteigerung zu ermitteln sei, so hat der Richter zufolge

fr. 52. §. 3 fam. hercisc. 10, 2.
und §. 4. 5 Inst. de offic. jud. 4, 17.
vergl. fr. 22. §. 1. fr. 55. fam. hercisc. und
Const. 3 commun. divid. 3, 37.

den Ausschlag für die erstere Theilungsart zu geben; sofern nicht in Rücksicht einzelner Grundstücke wegen besonderer Umstände anzunehmen ist, daß sie sich zu einer Verloosung schlechterdings nicht eignen, in welchem Falle für diese Grundstücke ausnahmsweise eine andere Theilungsart, etwa durch Versteigerung zu bestimmen ist. — Die Erwägung, daß durch öffentliche Versteigerung am sichersten justum pretium erzielt, und hiedurch die möglichste Gleichheit unter den Miterben bewirkt werden könne, ist kein gesetzlicher Grund, die Naturaltheilung zu verlassen. Diese beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß Niemand auch justo pretio seine Sache wider Willen verlieren soll.

Vgl. fr. 9 de act. rer. amotarum 25, 2.
mit fr. 70 de rei vindicat. 6, 1.
und fr. 8 de in litem jur. 12, 3.

Wo daher eine Theilung nöthig ist, da kann das bei einer Versteigerung zu erzielende justum pretium kein Grund sein, den Miteigenthümer wider seinen Willen zur Aufhebung seines Besitzthums zu nöthigen, er kann also eine solche Theilung verlangen, die ihm gestattet, von dem, was er hat, einen Theil zu behalten, und für die Theile, welche er aufgibt, die Theile, welche er behält, zu ergänzen.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 20. Sept. 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 98.

Präjudiz 2.

Aus den über die Befugnisse des Erbtheilungsrichters in den römischen Rechtsquellen enthaltenen vielfachen Entscheidungen ergibt sich der Grundsatz, daß in Ermangelung eines Einverständnisses unter den Interessenten die Art und Weise der Auseinandersetzung in Ansehung der Immobilien lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters überlassen bleibt.

Erk. des OAG. zu Celle (Senat II.) vom 22. April 1856, in Sachen von Wisch c. von Voß, wegen Erbschaftstheilung.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 60.

Präjudiz 3.

Das OAG. Celle erkannte in Sachen Hugo c. v. Britzheim pto. hereditatis am 27. Aug. 1804:

Wenn nun der Umstand, daß die Imploratin zum größten Theil Erbin ist, in Absicht auf die Taxation der Mobilien nichts entscheiden mag, auch der Imploratin Interesse allerdings in Absicht auf die demnächstige Computation des Pflichttheils dabei in Frage kommt, dahingegen aber, sobald ein Verkauf derselben thunlich ist, nach den Gesetzen entweder eine Licitation unter den Miterben, oder wenn selbige sich darüber nicht vereinigen können, eine Subhastation oder Auction eintreten muß, so ist von der erkannten Taxation zu abstrahiren, und eine Licitation unter sämmtlichen Erben, oder in deren Entstehung ein öffentlich meistbietender Verkauf des Mobiliarnachlasses der Verstorbenen zu verordnen.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 52.

Ueber die Frage, ob ein Miterbe die Herausgabe einer untheilbaren Erbschaftssache verlangen könne? s.
Heimbach, im Rechtslexikon Bd. 3. S. 952.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. S. 536.

Präjudiz 4.

Es kann zwar ein Erbe, der noch andere Miterben hat, die Verabfolgung von Erbschaftssachen nur zu seinem betreffenden resp. ideellen Antheil fordern. Handelt es sich aber von einer untheilbaren Sache, so daß der Miterbe nur durch Zuweisung des Ganzen zu seinem Anspruche gelangen kann, so steht dem Antrage auf Herausgabe des Ganzen der Umstand, daß Kläger noch mehre Miterben hat, nicht entgegen. Dabei kann auch der Beklagte, wenn er die Sache ohne Rechtsgrund besitzt, keine Caution hinsichtlich der Ansprüche der andern Miterben verlangen, weil er ja in einem so beschaffenen Falle durch die Verabfolgung an den berechtigten Kläger keine Verantwortlichkeit gegen die andern Betheiligten auf sich nimmt.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 23. Sept. 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 101.

Vergl. hereditatis petitio c. 28.

X.

Streitig ist, ob eine außergerichtliche Theilung bei erfolgter Verletzung angefochten werden könne.

Einige meinen, daß eine Anfechtung wegen jeder Verletzung zulässig sei; dies erfordere die Gleichheit und Billigkeit, welche nach der L. 3 C. commun. utriusq. judicii, vergl. L. 4 C. commun. divid. L. 6. §. 2 D. 23, 3, der alleinige Maßstab sei, wonach Theilungen regulirt werden müßten, während beim Kauf kein absolut gleiches Verhältniß zwischen dem Werthe der Sache und dem Kaufpreise erfordert werde, licere contrahentibus se circumvenire. L. 16. §. 4 D. de minoribus. L. 22. §. 3 D. locati.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 10. 2. §. 25 u. 26.
Merenda, controv. jur. lib. 1. cap. 37.
Leyser, sp. 117. med. 5.
Cocceji, jur. civ. contr. 10. 2. qu. 7.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 3058.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 105.
Böhmer, Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 76. Bd. 2. Nr. 176.
Reinhardt zu Glück's Pand. Bd. 4. S. 100.

Andere meinen, daß eine außergerichtliche Theilung, bei welcher kein dolus erweislich sei, nur wegen laesio enormis angefochten werden könne, weil die Theilung in der L. 1 C. commun. utr. jud. einem Kaufe gleichgeachtet werde, mithin die L. 2 C. de rescind. vendit. zur Anwendung komme.

Carpzov, P. III. const. 15. def. 19.
Wissenbach, Comm. ad L. 3 C. commun. utriusq. jud.
Westphal, Vermächtnißarten §. 842 f.
Walch, introd. in controv. sect. 2. cap. 4. memb. 5. §. 33.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 5.
Mackeldey, Lehrb. §. 695.
Thibaut, System §. 888.
G. L. Böhmer, Rechtsf. Bd. 1. Resp. 76.

Andere meinen, daß außergerichtliche Theilungen aus den nämlichen Gründen, wie andere Verträge, angefochten werden könnten, z. B. wegen Arglist, Betrug und wesentlichen Irrthums.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 3. S. 956.

Andere unterscheiden, ob der Miterbe im Antheile, circa res dividendas, oder im Anschlage, circa aestimationem, verletzt sei. In jenem Falle könne die Theilung wegen jeder Verletzung, in diesem Falle aber nur wegen einer laesio enormis angefochten werden; von jenem Falle sei die L. 3 C. commun. utr. judicii, von diesem die L. 2 C. de resc. vendit. zu verstehen.

Voet, Comm. ad P. 10. 2. §. 35.
Wernher, select. obs. T. I. P. 5. obs. 51.
Berger, oecon. jur. lib. 3. tit. 6. th. 3. not. 9.

Struben, rechtl. Bedenken Th. 1. Nr. 157.
Schmidt, Klagen und Einreden §. 629.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 457 a. E.
Griesinger, Comment. Th. 3. S. 653.
Hartitzsch, Entscheid. Nr. 168.

Präjudiz 1.

Wenn bei einer Erbtheilung die einzelnen Theilungsobjecte in einen bestimmten Geldaufschlag gebracht waren, so kann doch die Behauptung, daß gewisse Gegenstände, für welche ein Miterbe abgefunden wurde, mehr als das Doppelte des Anschlagspreises werth gewesen seien, für sich den Klagantrag auf Rescission wegen Verletzung über die Hälfte nicht begründen. Vielmehr ist erforderlich, daß der ganze Bestand der getheilten Erbschaft, sowohl an Activen als an Passiven angeführt werde, um durch Vergleichung des hiernach den Kläger treffenden Erbratums mit der ihm bezahlten Abfindungssumme das Dasein der behaupteten Verletzung bemessen zu können. Mag die bezahlte Abfindungssumme zu dem behaupteten wahren Werthe der an andere Miterben überlassenen Immobilien in noch so großem Mißverhältnisse stehen; es kann auf dem Anwesen eine solche Schuldenlast gehaftet haben, daß jenes anscheinenden Mißverhältnisses ungeachtet eine Verletzung des Abgefundenen in der That nicht stattgefunden hat.

Erk. des OAG. zu München vom 10. März 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 262.

Präjudiz 2.

Es gibt allerdings Rechtslehrer, welche die Const. 3 commun. utriusque jud. 3, 38 so auslegen, daß eine Theilung wegen jeder Ungleichheit abgeändert werden müsse.

Vgl. Glück im Commentar Bd. 11. §. 734.

Allein abgesehen davon, daß diese Constitution ursprünglich ganz anders abgefaßt war, und nur von betrügerischen Theilungen gehandelt hatte, findet sich auch bei der dermaligen Fassung kein Grund, diese Stelle, namentlich das Wort „perperam" auf die von Glück adoptirte Weise zu interpretiren. Schon die am Schlusse von andern bonae fidei judiciis entnommene Analogie spricht gegen diese Ansicht. Mit gutem Grunde bemerkt Gothofred zu dieser Stelle: „id est ultra dimidium. Cur ita? divisio vicem emtionis sustinet. In emtione restitutio non datur, nisi de deceptione ultra dimidium justi pretii constiterit." — Im Allgemeinen stellen die Gesetze den der Natur der Sache gemäßen Grundsatz auf, daß ein Contrahent den andern benachtheiligen dürfe,

fr. 22. §. 3 locati conducti 19, 2.

soweit nur diese Benachtheiligung nicht durch Betrug herbeigeführt worden ist,

fr. 23 eod.

oder das Maximum erlaubter Benachtheiligung,

Const. 2 de rescind. emt. vend. 4, 44.

nicht übersteigt. Bei Theilungen etwas Anderes anzunehmen, dazu liegt kein Grund vor; ja es spricht Alles dagegen, wenn man erwägt, daß, wenn jede, auch die kleinste Verletzung in der Art der Taxation der zu theilenden Sachen, der Illaten und Conferenden jedes Theilhabers und deren Berechnung, einer vollendeten Theilung schaden sollte, auch die sorgfältigste Theilung stets Anfechtungen unterworfen, und jeder darauf gegründete Anspruch von bösen Schuldnern durch das Vorgeben bekämpft werden könnte, daß irgendwo eine Benachtheiligung existire. Hiemit verbindet sich die weitere Rücksicht, daß bei Abtheilungen eines ganzen Vermögens eine in Bezug auf einen Theilungsgegenstand wirklich vorhandene Benachtheiligung eines Interessenten durch Vortheile, welche etwa bei andern Gegenständen ihm verwilligt sind, reichlich ersetzt sein könne. Es kann daher sehr wohl der Fall sein, daß der Mitinteressent in die andere Bestimmung bloß aus dem Grunde eingewilligt hat, weil er in derjenigen, welche nun als verletzend bezeichnet wird, Ersatz des weiter zugefügten Nachtheils fand. Hieraus würde die Nothwendigkeit hervorgehen, so oft irgendein auf eine Theilung gegründeter Anspruch gerichtlich verfolgt wird, stets die ganze Theilung vor Gericht zu erörtern, ob nicht irgendwo eine Verletzung enthalten sei; jede Theilung würde eine Quelle unabsehbarer Processe sein. Von der andern Seite sind die Nachtheile, welche aus Verletzungen bei Theilungen hervorgehen könnten, wirklich nicht so groß, wie dieses vielleicht auf den ersten Anblick scheinen möchte, da bei der Theilung übergangene Gegenstände noch immer zur Theilung gebracht werden können,

fr. 20. §. 4 fam. herc. 10, 2.
fr. 4. §. 2 commun. divid. 10, 3.
Const. 1 fam. herc. 3, 36.

und die praestatio doli hier, wie überall eintritt. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn auch die von Glück versuchte Auslegung grammatisch möglich sein sollte, der entgegenstehenden Auslegung, welche mit der gesunden Vernunft und andern gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmt, der Vorzug zu geben sei.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 18. Sept. 1835.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 263.

Präjudiz 3.

... Von allen Angriffen der Klägerin bliebe deshalb nur die Rescission des über die mütterliche Erbschaft abgeschlossenen Theilungsgeschäfts wegen enormer Läsion übrig. Das jud. a quo weist diesen Angriff definitiv zurück, weil hier nicht von einem onerosen Vertrage mit Leistung und Gegenleistung von Aequivalenten die Rede sei. Indessen läßt sich doch nach Ansicht von L. 1. L. 3 C. commun. utriusque jud 3, 38 nicht a priori behaupten, daß die Anwendung der L. 2 C. de rescind. vend. 4, 44 auf erbschaftliche, selbst bauerrechtliche Theilungen begriffswidrig sei, indem es recht wohl möglich bleibt, anzunehmen, daß ein Erbe nicht die Hälfte dessen, was er dem Miterben überlassen, resp. daß ein Abfindling nicht die Hälfte der nach den Hofskräften ihm gebührenden Abfindung erhalten habe. Allein in posito erheben sich Schwierigkeiten aus dem Umstand, daß derselbe Vertrag von drei Personen in verschiedenen Stellungen über zwei Erbschaften abgeschlossen ist. Wenn Verklagter gegen Ueberlassung des mit Schulden und Abfindungsresten belasteten mütterlichen Nachlasses und erbrechtliche Zusage des väterlichen Vermögens dem Vater eine Leibzucht auslobt, so kann vermuthet werden, daß ein Theil des der Klägerin gebührenden, durch deren Abfindung angeblich nicht zur Hälfte gedeckten Aequivalents in jener Auslobung an den Vater enthalten sei; es bleibt die Frage, ob die gegenseitigen Ansprüche der Klägerin und des Verklagten, des Vaters und Sohnes, und des Vaters und der Tochter rein erhalten, und durch den Vertrag von 1835 unvermischt aufgelöst sind; ob nicht die Hereinziehung des der Rescission wegen laesio enormis jedenfalls nicht unterliegenden Erbvertrags über den väterlichen Nachlaß in jene Uebereinkunft der mütterlichen Erbschaftstheilung ausschließe; ob nicht wenigstens diese Anfechtung so substantiirt werden müsse, daß nur zwei Prästationen gedacht werden, die eine des Verklagten, die andere, dieser gegenüber, des Vaters und der Klägerin, wobei es dann wieder in Frage kommen würde, ob eine Restitution des Werthes der Leibzucht möglich und von der Klägerin offerirt sei. In allen diesen Beziehungen werden die nöthigen speciellen Behauptungen und Beweisangaben vermißt, und die Zurückweisung der Rescissionsklage in angebrachter Maßen ist hiervon die nothwendige Folge.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 29. Januar 1837, in S. Timmermann c. Böker.

Präjudiz 4.

Aus den Motiven eines Erk. des OAG. zu Lübeck vom 17. November 1836 heben wir hervor, was folgt:

1) Die auf verschiedener Auslegung der

Const. 3 commun. utriusque jud. 3, 38

beruhende gemeinrechtliche Streitfrage, ob ein Theilungsvertrag bloß wegen einer Verletzung über die Hälfte oder auch wegen jeder geringeren Verkürzung angefochten werden könne, bezieht sich lediglich auf den Fall, wenn in Ansehung des Werthansatzes der den Interessenten bei der Theilung zugewiesenen reellen Objecte eine Uebervortheilung stattgefunden haben soll. Was dagegen die Regeln betrifft, welche über die Anfechtung der Verträge überhaupt aus allgemeinen dazu geeigneten Gründen, z. B. wegen Zwangs, Betrugs oder Irrthums gelten, so wird deren Anwendung auf den Theilungsvertrag durch jene Streitfrage gar nicht berührt. Die Zulässigkeit einer solchen

Anfechtung wird allgemein auch von denen, welche bei unrichtiger Schätzung nur eine Verletzung über die Hälfte berücksichtigt wissen wollen, ausdrücklich anerkannt.

Vgl. Stryk, usus mod. X. 2. §. 7.
Voet, Comment. X. 2. §. 34. 35.
Berger, oecon. jur. lib. 3. tit. 6. th. 3. not. 9.
Thibaut, Pandekt. (ed. VII.) §. 729 fin.
Mühlenbruch, Pand. II. §. 719.

2) In einem Theilungsvertrag sind zweierlei Bestimmungen zu unterscheiden: diejenigen, welche das unter den Interessenten bereits bestehende Rechtsverhältniß wiedergeben, und diejenigen, welche auf diese Grundlage hin die Art und Weise der Auflösung der Gemeinschaft festsetzen. Nur die letzteren sind wirkliches Ergebniß der Willkür und wechselseitigen Verständigung unter den Interessenten, die ersteren dagegen sind nur der Ausdruck dessen, was als bereits bestehend und die Interessenten bindend vorausgesetzt wird; dahin gehört namentlich die Größe der den Einzelnen zustehenden Quoten an dem gemeinschaftlichen Gegenstand, der Theilungsmaßstab. So weit nun die stipulirten Leistungen auf einer vorausgesetzten Grundlage der Art beruhen, werden die entsprechenden Zusagen nur darum gemacht, weil die Interessenten sich einander dazu verpflichtet erachten. Daraus folgt aber, daß, wenn über die vorausgesetzte Grundlage ein entschuldbarer Irrthum obwaltete, mit der condictio indebiti sowohl die dadurch veranlaßte vertragsmäßige Zusage angefochten, als die in Folge derselben gemachte Leistung zurückgefordert werden kann,

vgl. fr. 5. §. 1 de act. emt. vend. 19, 1.
fr. 1 pr. ut in possess. legat. 36, 4.

und dies muß also insbesondere dann gelten, wenn ein Interessent aus Irrthum über den wahren Theilungsmaßstab dem andern Interessenten einen größeren Erbtheil zusagte und auskehrte, als ihm wirklich gebührte. Bedürfte es hierfür noch einer besonderen Bestätigung, so würde diese in

fr. 36 fin. famil. hercisc. 10, 2.

zu finden sein, wo demjenigen, welcher außergerichtlich mit einem Andern theilte, den er irrig für seinen Miterben hielt, die condictio indebiti auf Rückgabe der abgetretenen Erbschaftssachen zugesprochen wird. Denn ob Jemand einen andern irrig für seinen Miterben hält, der es gar nicht ist, oder ob er ihn zu einem größeren Antheile, als ihm gebührt, für seinen Miterben hält, steht sich in Bezug auf den Rechtsgrund der condictio indebiti ganz gleich,

vgl. Voet, l. c. §. 34.

in dem einen, wie in dem andern Falle ist die Zusage der Ausantwortung des nicht gebührenden Erbtheiles nicht das Product freier Uebereinkunft, sondern des irrigen Glaubens, zu solcher Zusage und Ausantwortung verpflichtet zu sein, wie dies am Schluß jener Gesetzstelle treffend als Motiv der Entscheidung ausgedrückt ist: non enim transactum inter eos intelligitur, quum ille coheredem esse putaverit.

Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 30.

XI.

Streitig ist, ob bei einer vom Testirer gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfalle.

Einige behaupten dies, und nehmen nur den Fall aus, wenn durch die Eviction Notherben in ihrem Pflichttheile verletzt würden. Nur in diesem Falle trete von Seiten der übrigen Miterben eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ein, sonst auch nicht einmal bei Notherben, weil der Erblasser auch seinem Notherben außer dem Pflichttheile, so wenig wie fremden Personen, etwas zu hinterlassen schuldig sei, und sie daher auch zu ungleichen Theilen einsetzen könne.

Trotler, Vol. I. disp. 19. th. 12. lit. D.
Müller ad Struvii synt. jur. civ. exerc. 15. th. 12.
Cocceji, jur. civ. contr. 10. 2. qu. 11.

Andere unterscheiden, ob der Testirer die evincirte Sache einer mit ihm verwandten Person oder seiner Ehefrau zugetheilt habe, oder einem fremden Miterben. Im ersten Falle müsse Eviction geleistet werden, gleichviel ob der Testirer gewußt habe, daß die Sache eine fremde sei oder nicht. Im letzten Falle hingegen könne der Erbe nur dann Evictionsleistung fodern, wenn er beweisen könne, der Testirer habe gewußt, daß die evincirte Sache einem Dritten gehöre, sonst falle die Evictionsleistung hinweg. Man argumentirt dies aus §. 4 Inst. de legat. L. 10 C. eod. L. 77. §. 8 D. de leg. II.

Voet, Comm. ad P. 10. 2. §. 1.
Pufendorf, observ. T. 3. obs. 204. §. 3.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 3053.
Emminghaus ad Cocccj. 10. 2. qu. 11. not. 1.

Andere behaupten die Statthaftigkeit der Evictionsleistung rücksichtlich aller Erben ohne Unterschied. Man stützt diese Ansicht auf die Vermuthung, daß nach der Gesinnung des Erblassers ein jeder Miterbe den ihm angewiesenen Erbtheil unfehlbar völlig und unverkürzt erhalten solle, und daher im Falle der Entwährung einer unter der Verlassenschaft begriffenen Sache ein jeder Miterbe dem Andern in Hinsicht auf die entwährte Sache nach dem Verhältnisse seines Antheils zur Evictionsleistung verbunden sei*). Jedoch sei der Fall ausgenommen, wenn der Erblasser aus besonderer Zuneigung dem einen Miterben eine bestimmte Sache im Voraus vermacht hätte. Ein solches Prälegat sei der Gewährleistung nicht unterworfen, L. 77. §. 8 de leg. II. L. 33 D. famil. herc. 10, 2.

Wissenbach, exerc. ad P. disput. 41. th. 14.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 10. 2. §. 23.
Westenberg, princ. jur. lib. 21. tit. 2. §. 12.
Wernher, lectiss. comment. in P. 10. 2. §. 10.
Weich, introd. in controv. jur. civ. sect. 3. cap. 6. §. 11.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 2. Med. 105.
Malblanc, princ. jur. R. §. 589.
Müller, Versuch über Gewährl. §. 11. S. 59 f.
Thibaut, System §. 880.
Braun, Dictate zu §. 729.
Schweppe, röm. P.-R. §. 860.

Andere unterscheiden: entweder war die Sache als ein Prälegat bestimmt; war dann eine species vermacht, so treten die Grundsätze vom legatum rei alienae ein, L. 10 C. de leg., und man müsse unterscheiden, wie die Vertheidiger der oben angeführten zweiten Meinung unterschieden haben; war ein genus vermacht, so könne ohne Unterschied Evictionsleistung gefordert werden, L. 29. §. 3 de leg. III. Oder die evincirte Sache war als Erbportion bestimmt. Hätte dann der Testator die Theilung unter seinen **Kindern** gemacht, so seien sie sich gegenseitig zur Evictionsleistung verbunden; denn obgleich die Eltern ihren Kindern mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen nicht schuldig seien, so sei doch die stärkste Vermuthung vorhanden, daß sie wegen der gleichen Liebe, die sie zu ihren Kindern hätten, nicht wollten, daß eines derselben in seinem ihm zugetheilten Antheile verkürzt würde, L. 77. §. 8 D. de legat. II. —

*) Z. B. der Erblasser sagt: A, B, C sollen meine Erben sein, ein Jeder auf $1/3$, und zwar soll A, damit er sein Drittheil bekomme, mein Wohnhaus haben, B meine Gärten u. s. w. In diesem Falle müßten sich die Erben Eviction prästiren.

Hätte dagegen der Testator die Theilung unter anderen Erben gemacht, so seien die Miterben einander gegenseitig zur Evictionsleistung nicht verbunden, außer wenn der Testirer es ausdrücklich verordnet habe, oder die Erben sich dazu gegenseitig verpflichtet hätten, oder der heres evictus beweisen könne, daß der Testirer gewußt habe, die Sache sei eine fremde, oder daß er ihm diese Sache auf jeden Fall zugedacht habe, er möge jene Beschaffenheit gewußt haben oder nicht, L. 10 C. de legat.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 109.
Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen Bd. 1. S. 284.
Sintenis, Civilr. §. 188. Not. 22.

Siehe hiergegen

v. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 365.
Holzschuher, Th. 3. S. 221.
Pfeiffer, diss. de praeleg. §. 26.

XII.

Ueber die Verjährung des judicii familiae hercisc. spricht sich nachstehendes Präj. aus.

Präjudiz 1.

Judicis divisoris, wozu die Klagen auf Abfindung zu zählen sind, da sie eine Erbtheilung nach Bauernrecht bezwecken, verjähren erst von dem Augenblick an, wo sich der Verklagte ein ausschließliches Recht an der gemeinschaftlichen Theilungsmasse anmaßt, was aber alsdann noch nicht der Fall ist, wenn der Verklagte nicht sowohl das Miterbenrecht seiner Gegner, oder deren Befugniß, eine Abfindung zu fordern, bestreitet, als vielmehr nur except. solutionis opponirt.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 24. Oct. 1826, in Sachen Voges c. Diedrichs.

Juristische Persönlichkeit der hereditas jacens, s. hereditas jacens c. 1.

K.

Ketzer, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, absolute c. 8; desgleichen testamenti factio activa c. 6.

Kinder aus blutschänderischer Ehe, deren Notherbenrecht, s. Notherbenrecht B. c. 2.

— — noch nicht concipirte, deren Erbrecht, s. Erbunfähigkeit c. 10.

— — rechtliche Bedeutung, namentlich ob darunter Kindeskinder zu verstehen, s. Auslegung letztwilliger Anordnungen c. 1.

Klagen, aus Delicten, deren Uebergang auf Erben, s. Erwerb des Erbrechts c. 15.

— — des Legatars, s. Vermächtnisse C.

Kranke, deren Erbeinsetzung, s. testamenti factio B. c. 9.

Krankenanstalten, deren Erbeinsetzung, s. testamenti factio B. c. 9.

Kündigung der Testamentsvollstrecker, s. Testamentsexecutor c. 16.

L.

Laesio enormis, bei Erbtheilungen, s. judicium famil. hercisc. c. 10.

Lebensnachstellungen, s. Enterbungsursachen c. 27.

Legat dinglicher, das Eigenthum beschränkender Rechte.

Francke, obs. de jure legator. et fideic. spec. 1. c. 2.
Schneider, Anwachsungsrecht S. 296.
v. Vangerow, Pand. §. 554.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 334.

I.

Wenn Jemandem eine Sache mit dem Beisatze: „zur Benutzung" vermacht ist, so streitet man, welche Rechte vermacht seien.

Einige meinen, das Vermächtniß einer Sache mit dem Beisatze „zur Benutzung" gebe im Zweifel das Eigenthum an derselben, und sei kein bloßes legatum ususfructus, L. 8. §. 15. L. 4. L. 22. §. 1 D. de alim. et cib. leg. 34, 1. L. 15 D. 34, 2.

Voet, Comm. ad P. lib. 7. tit. 1. Nro. 9.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 531.
Schweppe, röm. P.-R. §. 920. S. 363.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 33. 2. §. 4.
Leyser, sp. 384. m. 1.

falls nicht etwa gesagt sei: „zum lebenslänglichen Genuß".

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 847.

Andere meinen, es werde durch solches Legat ein legat. ususfructus constituirt, L. 10. §. 2 D. 7, 8.

Merenda, controv. lib. 4. c. 20.
Galvanus, de usufr. cap. 23.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1490.
Glück, Pand. Bd. 9. S. 192.

Präjudiz 1.

Der verstorbene Joh. Conrad Huntemann hat in seinem Testamente vom 12. Juli 1803 verordnet:

Da es seine Vaterpflicht erheische, für seinen der Sprache gänzlich beraubten Sohn Heinrich Huntemann auch in der Zukunft zu sorgen, und demselben einen Unterhalt auf Lebenszeit zu verschaffen, so wolle er diesemnach seinem genannten Sohne seinen Garten in der Neustadt mit den dabei befindlichen vierzehn Wohnungen nebst allem Zubehör und den Mobilien hiemit dergestalt und also vermacht haben, daß derselbe die Zeit seines Lebens die Abnutzung vom Garten und den Gebäuden behalten solle, ohne seinen Geschwistern Rede und Antwort über den Ertrag des Gartens und der Gebäude zu geben, oder deshalb eine sonstige Sicherheit zu bestellen; nach dem Ableben seines genannten Sohnes aber sollten der Garten und die Gebäude nebst Zubehör seinem Sohne Theobald Huntemann und

dessen Leben, und seiner Tochter Christina Elisabeth Huntemann und deren Erben, einem jeden zur Hälfte, mithin zu gleichen Theilen wieder anheimfallen, und diese sollten solchergestalt ihren Bruder beerben, denselben aber auf seine Lebenszeit in dem ruhigen Besitze des ihm Vermachten lassen.

Ueber die Auffassung der fraglichen letztwilligen Verfügung äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung des Rechtsstreites, in welchem die Testamentserben der Wittwe des vor dem Tode des Heinrich H. (1830) im Jahr 1824 verstorbenen, von gedachter Wittwe beerbten Theobald H. die Hälfte obiger Zuwendung gegen die Christina H. in Anspruch nahmen:

Wenn

1) die Beklagte diese Verfügung dahin auslegen will, als hätten hier Theobald und Christina Huntemann vermittelst einer substitutio quasi pupillaris zu Erben ihres taubstummen Bruders ernannt werden sollen, und aus diesem Grunde die Ungiltigkeit derselben behauptet, so ist dies offenbar unrichtig. Denn in der obigen Verordnung ist nach deren klaren Worten nur ein Legat des Johann Conrad Huntemann mit einer Rückfallsclausel und eine Verfügung über ein eigenes Vermögensstück desselben enthalten; und was dabei die Worte anbetrifft, — worauf die Beklagte jene Auslegung gründet — daß Theobald und Christina Huntemann ihren Bruder beerben sollten, so ist theils diese Disposition durch den Zusatz „solchergestalt" ausdrücklich als eine bloße Wiederholung des vorher verordneten Rückfalls des Legats bezeichnet, theils ist es im Deutschen überhaupt nicht ungewöhnlich, sich des Worts „beerben" bei allen Erwerbungen von Todeswegen zu bedienen, theils ist endlich hier dasselbe nur im Gegensatze von den darauf folgenden Worten: „denselben aber auch seine Lebenszeit in dem ruhigen Besitze des ihm Vermachten zu lassen" gebraucht worden, hat also nur ausdrücken sollen, daß der Rückfall erst nach dem Tode des Heinrich Huntemann stattfinden solle.

Ebensowenig 2) paßt aber auch die Auslegung des Klägers, daß durch die streitige Verfügung dem Heinrich Huntemann nur der Nießbrauch der gedachten Gegenstände, deren Proprietät hingegen — sofort nach dem Tode des Testators — dem Theobald und der Christina Huntemann vermacht worden sei, in Folge welcher Auslegung derselbe das Klagrecht der Testamentserben der Wittwe des Thiobald Huntemann dadurch begründen will, daß das Miteigenthum zur Hälfte an jenen Gegenständen bei dem Tode des Johann Conrad Huntemann im Jahr 1803 auf Theodor Huntemann, bei dessen Tode im Jahre 1824 auf seine Wittwe und bei dem Tode dieser letzteren im Jahre 1825 auf ihre Testamentserben übergegangen sei; vielmehr ist

3) die obige Disposition dahin auszulegen, daß dadurch dem Heinrich Huntemann für seine Lebenszeit das volle Eigenthum der legirten Sachen vermacht, und zum Besten des Theobald und der Christina Huntemann und deren Erben eine restitutio fideicommissaria nach seinem Tode verordnet worden sei. Denn wenngleich — soviel die Grundstücke angeht — die wirkliche und eigentliche Absicht des Testators in dieser Hinsicht als zweifelhaft erscheint, so ist doch hier die Interpretationsregel entscheidend, welche sich gerade für einen Fall von der vorliegenden Art in den Gesetzen findet, daß, wenn in einer letztwilligen Verfügung als Gegenstand des Legats oder des Rückfalls nach dem Tode des Legatars die Sache selbst genannt, zugleich jedoch hinzugefügt ist, der Legatar solle deren Nutzung haben, alsdann im Zweifel nicht ein bloßes Vermächtniß des Nießbrauchs, sondern ein Legat des vollen Eigenthums anzunehmen sei.

fr. 12 de usufruct. earum rerum 7, 5.
fr. 4 pr. fr. 22. §. 1 de alimentis legatis 34, 1.
fr. 15 de auro, argento legato 34, 2.
Hartm. Pistoris observat. obs. 114.
Carpzov, jurisprud. forens. P. 3. const. 13. def. 9. 10.
Voet ad Pand lib. 7. tit. 1. §. 9.
Reinhorth ad Christinaeum Vol. 4. obs. 38.

Hieraus folgt nun, daß Theobald Huntemann aus jener Verordnung seines Vaters kein Recht erworben hat, welches auf seine Wittwe und nachher auf deren Testamentserben transmittirt worden wäre; denn eine restitutio fideicommissaria, welche bei dem Tode des Fiduciars eintreten soll, verhält sich als ein fideicommissum sub die incerto, wobei vor dem Tode des Fiduciars kein Anfall und keine Transmission stattfindet,

fr. 1. §. 2 de condition. et demonstrat. 35, 1.
fr. 4 pr. quando dies legator. 36, 2.

und Heinr. Huntemann ist erst im Jahr 1830, lange nach Theobald Huntemann, verstorben. . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. Dec. 1836, in der Bremer Sache Dr. Droste als Testamentsexecutor von Theobald Huntemann c. Christina Huntemann.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 157.

Vergl. auch Contr.-Lex. Abth. 1. Nießbrauch c. 3. 4.

II.

Streitig ist, welche Rechtsfolgen es habe, wenn dem Einen das Grundstück zur Benutzung, einem Andern aber das Eigenthum an derselben Sache vermacht ist, L. 19 D. de usu et usufr. leg. 33, 2. L. 6 pr. D. de usufr. earum rerum 7, 5. §. 1 Inst. de usufr.

Einige meinen, die in den allegirten Gesetzen enthaltene Vorschrift, wonach beide Legatare den Nießbrauch theilen sollen, wenn der Testator nicht ausdrücklich sage: Titio fundum, detracto usufructu, lego, sei heut zu Tage nicht mehr anwendbar, weil die in derselben angenommene Auslegung des letzten Willens nicht nur gegen die Absicht des Testators, sondern auch gegen den deutschen Sprachgebrauch streite, und aus dem römischen, heut zu Tage nicht mehr geltenden Formelrechte hervorfließe.

Voet, Comm. ad P. 7. 1. §. 8.
Vinnius, Comm. ad §. 1 Inst. de usufr. Nro. 1.
Struben, rechtl. Bedenken Th. 5. Nr. 110.
Wernher, lect. comm. ad P. 33. 2. §. 3.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1490.
Francke, obs. de jure legat. et fid. sp. 1. c. 2. p. 14.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 11. Nr. 572.

Andere meinen, auch heut zu Tage sei die römischrechtliche Bestimmung völlig anwendbar, weil der Begriff der mit dem Eigenthum verbundenen Befugnisse auch heut zu Tage kein anderer geworden sei.

Leyser, sp. 384. m. 3.
Müller ad Leyser. T. IV. fasc. 1. obs. 603.
Thibaut, System §. 905.
Glück, Pand. Bd. 9. S. 191.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 531.
v. Vangerow, Pand. §. 554.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 848.
und die bei Glück Bd. 9. S. 191. Not. 42 Alleg.

III.

Streitig ist, wie es zu halten sei, wenn der Eine zum Nießbrauche des ganzen Vermögens, und ein Anderer zum Erben, nach jenes Tode, berufen ist.

Einige meinen, in diesem Falle sei der Letztere sofort als Erbe, und der Erstere als Legatar anzusehen:

Voet, Comm. ad P. lib. 7. tit. 1. Nro. 12 u. 13.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 531.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 849.

im Widerspruch mit

Böhmer, Rechtsfälle Th. 2. Nr. 112.

Vergl. Contr. 1.

IV.

Streitig ist, ob der an einem ausstehen-

den Capitale vermachte Nießbrauch für einen wahren oder für einen quasi-ususfructus zu halten sei.

Einige halten ihn für einen wahren ususfructus.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 7. 5. §. 6.

Andere für einen quasi-ususfructus.

Struv, syntagm. jur. civ. exercit. 12. th. 39.
Müller ad Struv. exerc. 12. th. 39. not. δ.
Leyser, sp. 106. m. 5.
Welch, de ususfr. nominum moritali §. 7.

Präjudiz 1.

Der Bürger W. in Stade hatte seiner Ehefrau den Nießbrauch seines gesammten Vermögens vermacht, seine Kinder und Enkel aber zu seinen Erben eingesetzt. Von einer Cautionsbestellung war in dem Testamente nichts erwähnt. Unter seinem Nachlasse befand sich auch eine Obligation über 1000 Thaler, die er bei der Bremen- und Verdenschen Landschaft zinsbar belegt hatte. Das Schatzkammer-Collegium kündigte diese Obligation der Wittwe W. als derjenigen, welche bisher die Zinsen erhoben hatte; es forderte sie auf, das Capital, gegen Rückgabe der Obligation und gegen eine von den Erben beizubringende Bevollmächtigung und Autorisation zur Empfangnahme des Capitals, sich zurückzahlen zu lassen. Die Wittwe W. glaubte als Nutznießerin des gesammten Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes einer solchen Bevollmächtigung und Autorisation nicht zu bedürfen, und als ihr die Auszahlung des Capitals gegen die Einsendung der bloßen Obligation verweigert wurde, so trat sie ihrerseits gegen das Schatzcollegium auf Auszahlung der 1000 Thaler bei der Justizcanzlei zu H. klagend auf. Der Anwalt des Schatzcollegii berief sich zur Elidirung der Klage auf die von der Klägerin den Erben nicht bestellte Caution, und suchte zu zeigen, daß, bevor solche nicht bestellt sei, das Schatzcollegium an die Klägerin nicht mit Sicherheit zahlen könne.

Die Justizcanzlei erkannte unterm 19. Nov. 1831:

Da der beklagte Anwalt des Schatzcollegii eingesteht, daß der Klägerin im Testamente ihres Ehemannes der Nießbrauch des gesammten Vermögens des letzteren hinterlassen worden; nun aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des römischen Rechts der Usufructuar befugt ist, über die zum Nießbrauch gehörenden Capitalsummen zu disponiren; und wenn gleich im vorliegenden Falle die Erben des weiland W. auf die vorgängige Bestellung einer angemessenen Caution dringen konnten, die aus dem Rechte dieser Erben entnommene Einrede als exceptio de jure tertii zu betrachten, und daher nicht weiter zu berücksichtigen ist: so wird Verklagter schuldig erachtet, der Klägerin das libellirte Capital der 1000 Thaler nebst laufenden Zinsen bis zum Tage der Zahlung zu entrichten.

Das OAG. zu Celle erkannte unterm 28. April 1831 abändernd:

Wenn nun nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze in einem Falle, wo der eine Ehegatte dem andern den ususfructus omnium bonorum hinterlassen hat, der Debitor dem Usufructuar selbst dann nicht mit Sicherheit Zahlung leisten kann, falls auch in dem Testamente dem Letzteren die gesetzlich vorgeschriebene Caution erlassen ist, vielmehr stets die Befugniß hat, zu seiner eigenen Sicherheit zu verlangen, daß jener zuvor diese cautio restituendi leiste; das Verlangen des implorantischen Schatzcollegii, daß entweder dieses geschehe, oder daß der Consens der eingesetzten Erben zur Erhebung des Capitals beigebracht werde, mithin nicht als eine exceptio de jure tertii, sondern vielmehr als ein wesentliches Requisit für die Sicherheit jener Behörde erscheint:

so habt Ihr, unter Beiseitsetzung Eures Bescheides vom 19. Nov. v. J. und unter Compensation der vor Euch erwachsenen Kosten, der Imploratin zu injungiren, daß sie entweder den Testamentserben die gesetzlich vorgeschriebene Caution leiste, und daß solches geschehen, gehörig ad acta documentire, oder daß sie die Einwilligung der Testamentserben zur Erhebung des Capitals beibringe.

Spangenberg, prakt. Erört. Th. 2. S. 72.

V.

Ueber die von dem Nutznießer zu bestellende Caution s. Contr.-Lex. Abth. 1. Nießbrauch c. 7 u. 8 und die vorige Contr. 4. Präj. 1.

Präjudiz 1.

Gestützt auf
C. 1 de ususfr. 3, 33 und
fr. 24 pr. de usu et ususfr. 33, 2.

hatte der Beklagte, von der auf den Nießbrauch eingesetzten Erbin wegen Zahlung von Erbschaftscapitalien in Anspruch genommen, der Klägerin die bislang nicht erfolgte Bestellung einer cautio usufructuaria, bez. die Unzulässigkeit eines letztwilligen Erlasses dieser Caution entgegengesetzt. Er wurde indessen mit diesem Einwande in der Mittelinstanz zurückgewiesen:

weil auf die Bestellung dieser Caution nur die Miterben zu dringen befugt seien, während die von ihm geschehene Geltendmachung des gedachten Umstandes nur als die Vorschützung einer von dem Rechte eines Dritten hergenommenen Einrede angesehen werden könne.

Oberstrichterlich wurde diese Entscheidung, unter Aufstellung des Grundsatzes, daß der Erbschaftsschuldner, vom Erbschaftsnutznießer verklagt, nicht befugt sei, den Mangel einer usufructuarischen Caution für sich anzuführen, oder die Rechtmäßigkeit ihrer Erlassung zu bestreiten, lediglich bestätigt.

Erk. des OAG. zu Celle vom 3. Nov. 1843, in Sachen Wittwe Schmidt c. Burchard Sylvester.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 164.

Präjudiz 2.

In einer Entscheid. vom J. 1835 sprach das OAG. Celle Folgendes aus:

Die Vorschrift des römischen Rechts, daß die cautio usufructuaria durch testamentarische Verfügung nicht erlassen werden kann, ist auch bei andern letztwilligen Verfügungen, namentlich bei Erbverträgen, in denen ein solcher Erlaß ausgesprochen ist, anzuwenden; denn die ratio legis, daß nicht geduldet werden soll, daß der Testator, welcher dem Legatar doch nur den Nießbrauch zutheilt, dennoch eine Verfügung treffe, wodurch dem Erben das ihm vorbehaltene Recht unsicher gemacht werde, ingleichen, daß der Testator nicht einem Rechte entsagen solle, welches nicht ihm, sondern seinem künftigen Erben zusteht, — trifft bei allen letztwilligen Dispositionen zu.

Magazin für hannov. Recht V. S. 140.

VI.

Bei dem legirten Nießbrauche besteht die Eigenthümlichkeit, daß die Anwachsung auch demjenigen Collegatar zu Gute kommt, welcher seinen Antheil des legirten Nießbrauchs bereits verloren hat, quia ususfructus non portioni, sed homini accrescit, L. 14. §. 1 de exc. rei jud. 44, 2. L. 33. §. 1 de ususfr. 7, 1.

Streitig ist, wie hierbei die L. 10 de ususfructu accresc. 7, 2 zu erklären ist.

Vergl. hierüber die verschiedenen Interpretationsversuche bei

Glück, Pand. Bd. 9. S. 287.
Schneider, Anwachsungsrecht S. 291—295.
Keller, Litiscontestation S. 178.
Witte, Abhandl. aus dem Gebiete des röm. Rechts. Berlin 1827. Nr. 1.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 324. Not. 256.
v. Vangerow, Pand. §. 554.

Präjudiz 1.

. . . andern Theils könne diesem Vermächtnisse die Eigenschaft eines legati ususfructus keineswegs so schlechterdings, wie geschehen, abgesprochen werden, da solches in einem Theile der von dem, von dem Testirer zur nutzbaren Anlegung von seinem Vermögen ausgesetzten und für eisern erklärten Capitale an 6000 Thalern alljährlich zu erwartenden Zinsen besteht und ein zum verzinsbaren Ausleihen für immer oder eine lange Zeit bestimmtes Capital einer rei frugiferae gleich zu achten ist, auch Capitalszinsen mit dem Namen der fructuum civilium bezeichnet werden, sowohl in dem Falle, wenn Jemandem der

Nießbrauch der gesammten Verlassenschaft vermacht wird, hierunter auch die Zinsen außenstehender Schuldforderungen für mit begriffen anzusehen,

arg. fr. 64 D. de leg. III.

fr. 37 D. de usu et usufr. 33, 2.

vergl. Curtius, Handbuch des sächs. Civilr. Th. 2. §. 763.

bei dem usufructu legato aber anerkanntermaßen und, wie selbst in vorerwähnter Entscheidung unter Bezug auf

fr. 1. §. penult. D. de usufr. accresc. 7, 2.

zugegeben worden, das jus accrescendi selbst dann eintritt, wenn der eine Collegatar das Legat schon erworben hat und nachher stirbt, und sogar dann noch gilt, wenn der überlebende Collegatar seinen Antheil an dem Legate bereits verloren hat.

arg. fr. 1. §. 2. fr. 3. §. 2. fr. 10 D. de usufr. accresc. 7, 2.

cf. Günther, princ. jur. rom. priv. noviss. §. 882 et not. c.

Schweppe, röm. Privatr. §. 920. S. 779.

Curtius, Handb. des in Sachsen geltenden Civilr. Th. 2. §. 780.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 11. Dec. 1835.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen. Bd. 3. Nr. 17. S. 339.

Legat an milde Stiftungen, Abzug der quarta Trebell., s. quarta Falcidia c. 2. 10. 11.

— — zum lebenslänglichen Genuß, s. Legat dinglicher, das Eigenthum beschränkender Sachen c. 1.

— — Einfluß des Rechtsirrthums Seitens des Erblassers, s. Irrthum c. 7.

Legatare, als Codicillarzeugen, s. Codicille c. 7.

— — deren Klagen gegen Testamentsvollstrecker, s. Testamentsexecutor c. 14.

— — als Testamentszeugen, s. Privattestamente A. c. 3.

Legate*).

Legata verbis precativis relicta.

Vergl. Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. Nr. 4 u. 9.

*) Legat hieß im römischen Rechte das ältere civilrechtliche Vermächtniß, d. h. eine letztwillige Verfügung, wodurch Jemandem auf Kosten der Erbschaft ein Vermögensvortheil zugewendet wird. Ein solches konnte nur dem eingesetzten Erben im Testamente oder in einem durch das Testament bestätigten Codicill auferlegt werden. Auch mußte der Wille des Erblassers in befehlender Weise, legis modo, i. e. imperative, und in lateinischer Sprache ausgesprochen sein. Es wurde aber dadurch entweder eine Forderung gegen den Erben oder auch geradezu ein dingliches Recht, namentlich das Eigenthum einer Sache, gewähret. Zu jenem Zwecke bediente man sich gewöhnlich der Formel: heres damnas esto, z. B. Titius Stichum servum dare. Daher hieß ein solches Vermächtniß legatum per damnationem, wenn gleich auch andere befehlende Ausdrücke gleichen Inhalts, z. B. dato, facito und dergleichen, mit gleicher Wirkung gebraucht werden konnten. Man konnte auf diese Weise dem Erben jede überhaupt mögliche obligatorische Leistung auflegen; der Legatar erlangte dadurch eine streng civilrechtliche persönliche Klage gegen den Erben auf Erfüllung dieser Verpflichtung, sowohl wenn eine Sache der Erbschaft selbst, als wenn irgend etwas Anderes Gegenstand derselben war. Eine Abart des Damnationslegats war das legatum sinendi modo, z. B. heres damnas esto sinere Titium Stichum sibi sumere, habere. Dies war nur wirksam, wenn es eine Sache betraf, die entweder zur Erbschaft, oder dem Erben selbst gehörte; denn in Ansehung fremder Sachen konnte dem Legatar das bloße Zulassen des Erben nichts nützen. Jemandem aber geradezu ein dingliches Recht, z. B. das Eigenthum einer Sache zu gewähren, ohne Vermittelung durch eine obligatio des Erben, das war nur möglich, wenn der Erblasser selbst das Eigenthum, und zwar das römische Eigenthum, der Sache hatte, nicht nur zur Zeit des Todes, sondern auch zur Zeit der Testamentserrichtung, wovon nur bei vertretbaren Sachen eine Ausnahme zugelassen war. Ein Legat dieser Art gab sofort, wie es wirksam wurde, dem Legatar eine dingliche Klage zur Geltendmachung seines Rechts, in rem actio, vindicatio; daher hieß es legatum per vindicationem. Die übliche Formel desselben war: do lego, z. B. Titio Stichum servum, weshalb es auch das do-lego-legatum genannt wurde; doch waren auch hier andere Ausdrücke, z. B. Titium servum habeto, capito und andere, mit gleicher Wirkung anwendbar. Verwandt dem Vindicationslegate, jedoch in einigen Punkten davon abweichend, war endlich das legatum per praeceptionem, mit der üblichen Formel: praecipito, z. B. Titius Stichum servum, wodurch Einem von mehren Erben vor dem Andern etwas voraus vermacht wurde, daher praelegatum. Diese ganze Unterscheidung war nicht eine willkürliche Erfindung; sie war durch innere Verschiedenheit der Fälle hervorgerufen. Aber man hielt sie mit zu starrer Consequenz fest; ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers erklärte man das Legat wegen unpassender Form für ungiltig, wenn es gleich in anderer Form unter den vorliegenden Umständen vollkommen wirksam sein würde, und so wurde es namentlich für ungiltig angesehen, wenn der Erblasser, obgleich wissentlich, eine fremde Sache in der Form eines Vindicationslegats, mit den Worten do lego, vermacht hatte. Es bedurfte eines Senatsbeschlusses, SC. Neronianum, um es durchzusetzen, daß in solchem Falle das Legat mit der Wirkung eines Damnationslegats aufrecht erhalten werde, wonach man dann im zweifelhaften Falle dem Legatar die Wahl gab, ob er das Recht des Vermächtnisses mit der dinglichen oder der persönlichen Klage geltend machen wollte. Uebrigens blieb jener Unterschied noch ferner bestehen, bis Justinian denselben dadurch beseitigte, daß er jedem Legate, ohne Rücksicht auf die verschiedene Form des Ausdrucks, die gleiche Wirkung beilegte, soweit es der Inhalt zuläßt.

Wichtiger noch war die ebenfalls durch Justinian bewirkte Gleichstellung der Legate mit den Fideicommissen. Die letzteren waren eine freiere Art von Vermächtnissen, womit nicht bloß testamentarische Erben, sondern auch andere Personen, die vom Erblasser etwas erhielten, beschwert werden konnten. Sie enthielten der Form nach nur ein Gesuch (verbis precativis), dessen Erfüllung auch ursprünglich nur dem guten Willen anheimgestellt war, fideicommissum; daher fanden die civilrechtlichen Bestimmungen über Legate keine Anwendung darauf. Seitdem aber, zuerst von Augustus, rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben zugelassen worden, bildeten sich die Fideicommisse zu wahren Vermächtnissen aus, von ähnlicher, materieller Bedeutung, wie das Damnationslegat, und sie wurden nun allmählig auch größesten Theils den für Legate geltenden gesetzlichen Beschränkungen unterworfen. Sie erzeugten jedoch nicht, wie das Legat, eine civilrechtliche actio, sondern konnten nur extraordinaria cognitione geltend gemacht werden. Auch blieben sie in Ansehung der Form, obgleich sie ihnen auch darin sich mehr näherten, von den Legaten unterschieden, und ein in Legatsform hinterlassenes Vermächtniß war, wenn an den Voraussetzungen des Legats etwas fehlte, ungiltig, obgleich ein Vermächtniß desselben Inhalts als Fideicommiß giltig gewesen wäre. Justinian hat aber auch diesen Unterschied beseitigt. Er verordnete, daß auf den Gebrauch befehlender, oder ersuchender Ausdrucksweise nichts mehr ankommen, vielmehr jede ihrem Inhalte nach zulässige Verfügung in der einen oder andern Form gleiche Wirkung haben und gleiche rechtliche Vortheile gewähren, übrigens aber in den Punkten, worin bisher noch eine Verschiedenheit zwischen dem Rechte der Legate und Fideicommisse stattfand, das günstigere Recht der Fideicommisse den Ausschlag geben sollte. Von einem praktischen Unterschiede zwischen Legat und Fideicommiß kann danach keine Rede mehr sein; man kann nun das Fideicommiß auch Legat nennen, und umgekehrt, und so auch Legat gleichbedeutend mit Vermächtniß nehmen. Allerdings besteht noch ein praktisch bedeutender Unterschied zwischen solchen Vermächtnissen, welche dem Erben, und solchen, welche andern Personen auferlegt werden; aber dies ist nicht der alte Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, und im Ganzen gelten auch von allen Vermächtnissen gleiche Grundsätze.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 279 f.

Präjudiz 1.

Nach römischem Rechte muß als Fideicommiß jeder Ausdruck betrachtet werden, welcher einen bestimmten Willen des Erblassers bezeichnet, selbst wenn ein solcher Ausdruck die Form eines Wunsches, einer Bitte oder einer Erwartung an sich tragen sollte.

fr. 115 de legat. I. (30.)

C. 2 commun. de legatis 6, 43.

Die im Testament vorkommenden Ausdrücke:

„Jedoch muß ich . . . . . empfehlen, daß jene, welche ohne Descendenz sterben werden, das, was von mir geerbt, ... meinen alsdann noch lebenden Kindern oder . . . . . Enkeln vorzüglich gönnen, und erblich zukommen lassen werden,"

stellen ein wahres Fideicommiß dar. Es handelt sich hiebei nicht davon, aus vorgekommenen Umständen eine gewisse Absicht des Testirers zu schließen und so eine zweifelhafte Thatsache festzustellen, vielmehr ist bestimmten Ausdrücken die Kraft eines giltigen Fideicommisses in Gemäßheit gesetzlicher Vorschriften, welche dazu unmittelbar anweisen, zuzusprechen.

Erk. des Cassations- und Revisionshofs zu Berlin vom 7. Oct. 1829.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 206.

Präjudiz 2.

Obwohl nach den bestehenden rechtlichen Bestimmungen eine fideicommissarische Verfügung, wie durch gebietende, ebenso durch bittende Worte und sogar durch einen an den Erben gerichteten Wunsch getroffen werden kann, so folgt doch daraus nicht, es müsse jeder im Testament ausgesprochene Wunsch als ein Fideicommiß angesehen werden, sondern es kommt darauf an, ob wirklich die Absicht des Testirers dahin, dem Erben eine fideicommissarische Verbindlichkeit aufzulegen, gegangen sei. . . . . . .

Diejenigen Stellen, in denen solche nicht gebietende Formeln für eine giltige Fideicommißverfügung erwähnt werden, wie z. B.

fr. 115 de legat I. „cupio des, opto des, credo te daturum, fideicommissum est."

fr. 118 eod. „scio, hereditatem meam restituturum te Titio, fideicommissum valet,"

beruhen auf der Voraussetzung, es habe der Erblasser nicht bloß einen Wunsch gehegt, daß der Erbe dem genannten Dritten den Nachlaß oder ein dazu gehöriges Stück ausantworten solle, und es habe der Erblasser auf die Erfüllung dieses Wunsches nicht bloß als eine Liebespflicht des Erben gehofft, sondern es habe der Erblasser den Willen gehabt, ein Fideicommiß zu errichten und dem Erben eine Rechtspflicht zur Erfüllung aufzulegen. Dies zeigt sich schon daraus, daß zu Anordnung eines Fideicommisses die Formel der Empfehlung nicht für ausreichend erachtet wird, eben weil darin der Wille, ein Fideicommiß zu errichten, nicht ausgesprochen, vielmehr die Befolgung der Empfehlung mehr in das Ermessen des Erben gestellt zu sein scheine.

fr. 11. §. 2 de legat. III. „aliud est, commendare, aliud, voluntatem suam fideicommitteatis heredibus insinuare."

Vgl. fr. 41. §. 6 de fideic. libert. 40, 5.

C. 12 eod. 7, 4

Westphal, von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1564. 1566.

Ebenso wird von Justinian in C. 2 commun. de legat. et fideic. 6, 43 die bittende Redeweise — „rogo, volo, mando, fideicommitto" — der gebietenden — „jubeo" — nur insoweit als gleichgeltend betrachtet, als den Umständen nach anzunehmen ist, es habe der Erblasser wirklich seine zu Recht beständige Absicht und Willensmeinung, ein Fideicommiß oder Legat anzuordnen, aussprechen wollen.

„Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est: — nemo moriens putet, legitimam voluntatem reprobari, — non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus."

Die voluntatis defuncti quaestio gehört aber sodann zu der sorgsamen Erwägung des Richters.

C. 7 de fideicomm. 6, 42.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 4. März 1842.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 207.

Präjudiz 3.

. . . wird für Recht erkannt:

Es kommt in der gegenwärtigen Lage dieses Rechtsstreits auf die Beantwortung der beiden Fragen an:

1) ob überall ein Fideicommiß vorhanden, und

2) ob, wenn dies bejaht wird, dasselbe nach der Verordnung vom 1. Dec. 1758, die Fideicommisse betreffend, zu beurtheilen ist.

Ad 1. ist es freilich richtig, daß nach Justinian's Verordnung in

L. 3 C. commun. de leg. 6, 43.

Legate und Singular-Fideicommisse in sofern gleichgestellt worden sind, daß, was von den einen Vortheilhaftes gilt, auch auf die andern bezogen werden soll, allein damit ist, wie

Pufendorf, obs. T. III. obs. 2. T. IV. obs. 9.

mit Mehren gezeigt hat, der wesentliche Unterschied zwischen beiden keineswegs aufgehoben. Es bleibt vielmehr ein Fideicommiß, was verbis precativis von dem eigentlichen Erben, welcher die Erbschaft vollkommen erwirbt, und dem die Restitution auferlegt worden, erst vermacht wird.

In der Disposition des §. 6 des von Johann Heinrich Recht unterm 2. Sept. 1822 errichteten Testaments, verbis:

Wenn mein ältester Sohn, Christian Ludwig Recht kinderlos verstirbt, so soll von seinem Erbtheile an seine Brüder oder deren Erben die Summe von 1000 Thlr. zurückfallen, —

liegen deshalb alle Merkmale eines Fideicommisses. Der eingesetzte Erbe soll nach §. 4 des Testaments das Vermögen vollkommen erwerben, und nur in einem bestimmten Falle soll eine gewisse Summe davon an bestimmte Personen zurückfallen. Dieses Zurückfallen (restitui, pervenire) ist dem Fideicommisse eigenthümlich,

L. 77. §. 1 D. ad SC. Trebell. 36, 1.

und ebenso der Ausdruck „soll",

§. 3 Inst. de sing. reb. per fid. rel. 2, 24.

und daher muß die erste Frage bejaht werden.

Ad 2. könnte es zwar scheinen, daß, weil in jeder Fideicommißerrichtung ein Veräußerungsverbot liegt, auch in der bedingten,

L. 81 pr. L. 69. §. 1. L. 114. §. 4 D. de leg. I. (30.)

L. 3. §. 2 commun. de leg. 6, 43.

L. 11. §. 1 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

L. 105 D. de condit. et demonst. 35, 1.

und den Legataren und Fideicommissaren allgemein ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Erblassers zusteht, die fragliche Verordnung, welche Sicherung des Credits bezweckt, auch auf Singular-Fideicommisse, wodurch derselbe ebenfalls gefährdet werden könnte, um so mehr auszudehnen sei, als das Gesetz nicht bestimmt distinguirt. Allein da — rc. — so ist die Verordnung auf eigentliche fideicommissa perpetua seu successiva,

cf. Eichhorn, d. P.-R. §. 366.

zu beschränken, indem alle jene Voraussetzungen bei Singular-Fideicommissen, namentlich der vorliegenden Art nicht zutreffen. — Den oben ausgeworfenen Worten des §. 6 des Testaments zufolge sind zu dem Fideicommisse berufen die Brüder Christ. Ludwig Recht's oder deren Erben. Nun ist die Bedeutung des Worts „Erbe" an und für sich nicht ganz klar, indem darunter nach dem Sprachgebrauche ebensowohl die wirklichen Erben — Nachfolger des Verstorbenen — heredes —

L. 170. L. 65 D. de verb. sign.

als die Kinder, abgesehen von der Erbenqualität, verstanden werden. Für solche Zweideutigkeitsfälle schreiben nun die über Auslegung letztwilliger Dispositionen vorhandenen gesetzlichen Regeln vor, daß die Interpretation nach dem zu eruirenden wahrscheinlichen Willen des Testators zu machen,

L. 24 D. de reb. dub.

L. 18. §. 3 de inst. leg. 33, 7.

L. 50. §. 3 de legat. et fid. I. (30.)

L. 33 D. de auro, arg. 34, 2.

und dieser zu befolgen sei. Nur eine absolute, nicht zu lösende Zweideutigkeit macht die Disposition ungiltig.

L. 10 pr. D. de reb. dub. 34, 5.

Erwägt man nun in Beziehung auf die vorliegende Sache, daß der Testator auf den kinderlosen Todesfall seines ältesten Sohnes, dessen sonstigen gesetzlichen oder testamentarischen Erben die fraglichen 1000 Thlr. zum Besten seiner übrigen Söhne entzog, daß derselbe ferner den Sohn seiner verstorbenen Tochter, obgleich er denselben mit zum Erben eingesetzt hatte, zu dem Fideicommisse nicht berief, und daß die väterliche Fürsorge in der Regel nur auf die Nachkommenschaft, vorzüglich auf diejenige, wodurch der Familienname fortgepflanzt wird, sich erstreckt, so kann man mit der höchsten Wahrscheinlichkeit annehmen, es sei die Absicht des Testators gewesen, nur die Nachkommenschaft seiner Söhne zu begünstigen, und die ausdrückliche Disposition in Betreff des ältesten Sohnes, wie solche im §. 6 des Testaments enthalten ist, stillschweigend auch hinsichtlich seiner übrigen Söhne zu wiederholen, so daß, wenn von diesen Einer, ohne Kinder zu hinterlassen, vor dem Anfalle des Fideicommisses versterbe, dessen eventueller Antheil auf die übrigen Kinder, resp. deren Erben (Kinder) fallen solle. Sind aber hiernach unter dem Worte „Erben“ nur die Kinder zu verstehen, so relevirt es denn auch gar nicht, ob die Curandin des Klägers Erbin ihres Vaters geworden ist, weil sie das von ihrem Großvater ausgesetzte Fideicommiß nicht als Erbin, sondern als Tochter ihres Vaters, und zwar erst im Augenblick der Existenz der Bedingung, also nach dem Tode ihres Vaters erwarb.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 3. Juli 1834, in A.-S. Kohlig c. Recht'schen Curator.

Legatum alimentorum.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 81.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 450.

I.

Zur Begriffsbestimmung des legatum alimentorum dienen die nachstehenden Erkenntnisse.

Präjudiz 1.

Der Uhrmacher B. setzte den Goldarbeiter S. zu seinem Universalerben ein, und legte ihm dabei die Pflicht auf, die Wittwe R. (einen früheren Dienstboten des Testators) mit allen zum menschlichen Leben erforderlichen Bedürfnissen bis an ihr Ende zu versorgen.

Es entstand nun Streit darüber, was die Legatarin in Gemäßheit dieser letztwilligen Bestimmung vom eingesetzten Erben zu fordern berechtigt sei, indem der Onerirte das Vermächtniß in seiner Wohnung erfüllen wollte, was die Legatarin mit dem Bemerken zurückwies, daß sie sich mit demselben nicht vertragen könne. In Erwägung, daß das Wahlrecht des Onerirten hinsichtlich der der Legatarin zu stellenden Wohnung vom Testator in keiner Weise beschränkt worden sei, erkannte das Obergericht: der beklagte Erbe sei schuldig, der Klägerin R. die ihr im Testamente ausgeworfenen Alimente, bestehend in Kost, Kleidung, Wohnung, Holz, Licht und Aufwartung, insoweit letztere nöthig, bis an ihr Lebensende zu verabreichen, dergestalt jedoch, daß er derselben eine ihrem Stande und ihren Verhältnissen angemessene und zu ihrer ausschließlichen Benutzung dienende Wohnung in oder außerhalb seines Wohnhauses stelle, auch sie daselbst verköstige.

Dagegen appellirte die Klägerin an den obersten Gerichtshof, indem sie behauptete, durch die obenerwähnte letztwillige Bestimmung sei ihr die Wahl überlassen worden, im Hause des Appellaten oder auswärts zu wohnen. In der Entscheidung darüber ging das OAG. von folgenden Gründen aus:

Der Satz, daß bei einem unbestimmten Legate dem onerirten Erben das Wahlrecht zustehe, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Es ist vielmehr eine bekannte Regel des neuern römischen Rechts, daß, wenn ein unbestimmtes Individuum aus einer Gattung vermacht worden, der Legatar das Wahlrecht habe, und nur nicht gerade das beste Stück nehmen dürfe.

§. 23 Inst. de legat. 2, 20.
fr. 37 pr. de leg. I.

Von dieser Regel kann jedoch im vorliegenden Falle keine Rede sein. Dem Appellaten ist durch die in Frage stehende letztwillige Disposition die Pflicht auferlegt worden, die Appellantin mit allen zum menschlichen Leben erforderlichen Bedürfnissen bis an ihr Ende zu versorgen. Es ist dies ohne Zweifel ein legatum alimentorum in dem Umfange, wie es z. B. in

fr. 6 de aliment. vel cib. leg. 34, 1.

mit den Worten erwähnt ist: „legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur.“ Hier gilt die Regel, daß der Erbe hinsichtlich der Art der Prästation fungibler Sachen an sich die freie Wahl habe, und nur an die ausdrückliche oder stillschweigende Willensmeinung des Testators und dasjenige, was durch das Herkommen oder die Natur der Verhältnisse feststeht, gebunden ist:

Mühlenbruch, doctrina Pand. §. 552.
Vinnius, Comm. ad Inst. l. c.
Donellus, Comm. VIII. 19.

wie denn

fr. 4 de tritic. 33, 6.

sogar noch weiter geht, worin es heißt: „quum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legataria solvere.“

Im vorliegenden Falle soll der Erbe einen bisherigen Dienstboten des Erblassers mit allen zum menschlichen Leben erforderlichen Bedürfnissen versorgen. Es ist daher gewiß der Willensmeinung des Testators nicht unangemessen, wenn besagter Dienstbote, wie bisher von ihm selbst, so nunmehr von seinem Erben behandelt, also ihm in der gemeinschaftlichen Wohnung ein angemessener Aufenthalt angewiesen und er sonst gehörig verpflegt wird. Daß sich die Appellantin nicht mit dem Appellaten vertragen könne, ändert den rechtlichen Grundsatz an sich nicht. Sowenig die Appellantin ein etwaiges Wahlrecht hinsichtlich der Art der Speisen, womit sie verpflegt wird, ausüben könnte, vielmehr nur im Allgemeinen das Recht hätte, zu verlangen, daß der Erbe ihr diejenigen Nahrungsmittel gebe, die ihrem Körper und ihren Verhältnissen angemessen sind, ebenso wenig würde ihr ein Wahlrecht unter den Zimmern des Hauses des Appellaten oder gar zwischen diesen und einer auswärtigen Wohnung oder zwischen Natural- und Geldprästationen zustehen. Es treten im vorliegenden Falle auch nicht etwa die Grundsätze einer im Testamente hinterlassenen servitus habitationis ein, da in dem letzten Willen des Erblassers des Appellaten überhaupt nicht von einem an einem bestimmten Gebäude bestellten Wohnungsrechte die Rede ist. In Gemäßheit dieser (von den Motiven des Obergerichtes abweichenden) Erwägungen kam der oberste Gerichtshof gleichwohl zu dem Resultate, daß Appellantin durch das Erkenntniß der zweiten Instanz nicht beschwert sei.

Beschl. des OAG. zu Cassel vom 18. März 1837.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 320.

Präjudiz 2.

. . . Aber auch der Verwendung der Nutzungen zur Befriedigung der Gläubiger des Conrad Bense,

obgleich im Zweifel die Nutzungen bis zur Restitution des Fideicommisses dem Fiduciar gehören,

L. 83 pr. D. de leg. III.
L. 18. §. 2. L. 32. L. 57 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1.
L. 3. §. 2 u. 3 D. de usur. 22, 1.

steht im vorliegenden Falle die Bestimmung des §. 9 des Testaments des Erblassers entgegen.

Hier ist verordnet, daß derjenige der Miterben, bei welchem Conrad Bense seinen Aufenthalt wählen würde, verbunden sei, ihn so lange er wolle, sogar lebenslänglich zu sich zu nehmen, daß derjenige, der ihn bei sich habe, (nach dem Ableben des Conrad Bense einen verhältnißmäßigen Antheil von der ihm überwiesenen Erbportion, während der Lebensdauer des Conrad Bense aber) als Kostgeld die Zinsen des demselben ausgesetzten Erbtheils bekommen, dagegen den Conrad Bense

in allen Lebensbedürfnissen unterhalten und ihm wöchentlich 4 M. Taschengeld verabreichen solle.

Diese testamentarischen Dispositionen geben dem Conrad Bense ein Vermächtniß der Alimente, und zur Entgeltung demjenigen Miterben, welchen jener sich zur Leistung der Alimente auswählt, (neben dem durch das Fideicommiß begründeten Anspruche auf die Substanz) ein Legat des Nießbrauchs oder vielmehr der Einkünfte

L. 32. §. 6. L. 38 D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

des dem Conrad Bense zugefallenen Erbtheils.

Das Recht des Conrad Bense, die Alimente zu fordern, läßt sich von der entsprechenden Verpflichtung, dem Alimentengeber die Zinsen des Erbtheils zu überlassen, und die Verpflichtung zur Alimentation von dem Rechte, dagegen die Zinsen des Erbtheils zu verlangen, nicht trennen.

Der Eine wie der Andere, Beide haben sie einen fundirten Anspruch, daß die Anordnungen des Testaments befolgt und in Vollzug gesetzt werden, und es müssen daher die Zinsen, ohne zur Befriedigung der Gläubiger des Conrad Bense oder zu anderen Zwecken für denselben verwandt werden zu können, dem die Alimente leistenden Miterben anheimfallen.

Da die Bestimmungen des Testators, statt den Gesetzen zuwider zu sein, vielmehr in denselben ihre Anerkennung finden,

L. 18 D. de lib. et posth. 28, 2.
L. 7 pr. D. de bon. damn. 48, 20.
L. 12. §. 2 D. de bon. libert. 38, 2.
L. 16. §. 2 D. de cur. furios. 27, 10.

auch an und für sich von den Interessenten weder bestritten noch angefochten, also zu erfüllen sind,

so wird erkannt ꝛc.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 8. Dec. 1836, in S. Bense c. Bense'schen Curator.

Siehe auch legatum debiti c. 2.

II.

Streitig ist, ob das legatum alimentorum auch den übrigens Erwerbunfähigen nachgelassen werden könne.

Einige verneinen dies unbedingt, nach allgemeinen Grundsätzen.

Mollenbeccius in thes. jur. civ. tit. de annuis leg.

Andere wollen wegen der L. 11 D. de alim. vel cib. leg. 34, 1 und der L. 3 pr. D. de his quae ut indignis 34, 8 die Erwerbunfähigen überhaupt dieses Legates theilhaftig werden lassen.

Müller, promt. tit. legat. aliment. Nro. 5.
v. Vangerow, Pand. §. 552.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 333.

Andere meinen, daß zwar den Erwerbunfähigen das legatum alimentorum nachgelassen werden dürfe, nehmen aber das crimen perduellionis aus, indem dem verbannten Verbrecher das legatum alimentorum nicht prästirt zu werden brauche.

Müller ad Struv. tit. de aliment. et cib. leg. th. 69. lit. β.

III.

Streitig ist, ob das legatum alimentorum auch dann sogar, wenn der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, von dem Legatar in Anspruch genommen werden könne.

Einige bejahen dies, da dergleichen Legate überall begünstigt seien.

Müller ad Struv. tit. de aliment. et cib. leg. th. 66. lit. γ.

Andere verneinen die Frage; denn wenn die Erbschaft von dem Erben nicht angetreten worden, so falle das Testament, mithin auch die Legate, über den Haufen, L. 181 D. d. reg. jur., rücksichtlich des legatum alimentorum bestehe aber in dieser Hinsicht überall keine Ausnahme.

Wernher, lect. comm. ad D. lib. 34. tit. 1. §. 2.
Müller, promt. tit. legat. aliment. Nro. 5.

IV.

Wenn als legatum alimentorum mehr ausgesetzt ist, als zu der eigentlichen Alimentation nöthig ist, so streitet man, ob der favor alimentorum auf das ganze ausgesetzte Legat, aber nur auf das Mehr bezogen werden könne.

Einige meinen, wenn auch kein Gesetz den Grundsatz ausspreche, daß der favor alimentorum auf den das Mehr enthaltenden Theil bezogen werden solle, so folge solcher doch aus allgemeinen Grundsätzen, und aus der L. 2. §. 3 D. ubi pupillus educari, wo dem Testator die Befugniß, das erforderliche Maß der Alimente zu überschreiten, ausdrücklich abgesprochen sei.

Leyser, sp. 391. med. 1.

Andere unterscheiden, ob das Legat zu denjenigen gehöre, welche einem sehr Bedürftigen nachgelassen worden, so daß das Legat gewissermaßen als ein legatum ad pias causas angesehen werden könne, oder ob der Legatar nicht zu den armen Personen gehöre, so daß von einem legatum ad pias causas keine Rede sein könne. Im ersteren Falle treten für den Legatar die Privilegien für Legate ad pias causas ein, z. B. die quarta Falcidia werde nicht abgezogen; im letzteren Falle aber cessire solcher favor alimentorum.

Wernher, lect. comm. ad D. ad §. 2. tit. de usu et usufr. leg.
Carpzov, jurispr. for. P. I. c. 28. d. 152.
Müller, promt. sub legat. aliment. Nro. 9.

Andere stellen allgemein die Regel auf: Wenn ein Anderer, als ein directer Erbe, mit einem Alimentenlegate onerirt ist, und diesem wird auf den Grund der lex Falcidia ein Abzug gemacht, so darf er dessen ungeachtet an den legirten Alimenten nichts kürzen, L. 77. §. 1 D. de legat. II.

v. Vangerow, Pand. §. 552.
Roßhirt, Vermächtnisse II. S. 96 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 333.

Präjudiz 1.

Eine Mutter hatte ihrer überschuldeten Tochter nur die Zinsen ihres Erbtheils hinterlassen. Gegen den Anspruch der Gläubiger auf diese Zinsen wurde eingewendet, denselben komme die Alimenten-Qualität zu. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: „Zwar kann es keinen Zweifel leiden, daß, wenn der Beklagten die fraglichen Zinsen als Alimente hinterlassen wären, und dieselben, wenn auch nicht ausdrücklich Alimente genannt, doch nur zu ihrem nothdürftigen, ihr anderweit fehlenden Lebensunterhalte ausreichten, sie von den Klägern nicht zur Masse gezogen werden dürften.'

fr. 6 de cess. bonorum 42, 3.

Glück (Mühlenbruch), Erläut. der Pand. Bd. 37. S. 450. Not. 83.

Leyser, med. ad Pand. sp. 358. med. 6.

Allein dies ist hier nicht der Fall. Denn daß

1) die Verfügung im Testamente der P., daß die Beklagte lebenslänglich die Zinsen ihres Erbtheils genießen solle, nicht als ein eigentliches legatum alimentorum aufzufassen sei,

ist daraus völlig klar, daß dieser Ususfruct nicht nach dem Bedürfniß der Beklagten, sondern lediglich nach der Größe ihres Erbtheils bestimmt ist, was nach
fr. 10. §. 2 de aliment. et cibar. legat. 34, 1.
schon allein gegen dessen Auffassung als legatum alimentorum entscheidet; und es kann dies um so weniger Zweifel leiden, als die Testirerin wußte, daß die Beklagte aus dem ehelichen Vermögen völlig standesgemäße Alimente beziehe . . . und als
2) auf die allein in Betracht kommende Größe des vermachten Zinsgenusses gesehen, derselbe den nothdürftigen Unterhalt, auf welchen die Beklagte allein Anspruch hat, weit übersteigt . . . .
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21. Dec. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 84.

V.

Streitig ist, ob die nach L. 68 ad leg. Falcid. vorgeschriebene präsumtive Lebensdauer für das legatum alimentorum bei Berechnung der quarta Falcidia etc. maßgebend sei.

Einige meinen, sowohl bei der Berechnung der quarta Falcidia als auch in Betreff der Höhe der cautio legatorum servandorum müsse die Wahrscheinlichkeitsberechnung über die Lebensdauer, nach L. 68 cit., benutzt werden, um zu bestimmen, wie hoch der Betrag des Vermächtnisses anzuschlagen sei.
Konopack, Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart S. 16.
Fritz in Löhr's Magazin IV. 16.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 558.

Andere meinen, daß die Betheiligten nicht verbunden seien, sich eine definitive Berechnung, nach solcher Wahrscheinlichkeit, gefallen zu lassen, weil diese nur dazu diene, um vorläufig zu bestimmen, wie viel der Erbe einstweilen zu entrichten angehalten werden könne.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 332.

Legatum annuum.

I.

Ein annuum legatum muß, was den Erwerb betrifft, jedes einzelne besonders erworben werden; das erste Vermächtniß ist daher als unbedingt verliehen zu betrachten, während die folgenden erst mit dem Beginne der neuen Frist erworben werden können.

Vergl.
Sintenis, Civilrecht §. 218. S. 765.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 98 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6 S. 331.

Präjudiz 1.

Rentenforderungen aus Verträgen sind als unbedingt und ohne Weiteres immer fortdauernd zu betrachten,
L. 16. §. 1 D. de verb. obl. 45, 1.
L. 35. §. 7 D. de mort. causa donat. 39, 6.
Der Verpflichtete kann daher von ihrer ferneren Zahlung nur durch die Einrede sich befreien, daß sie nach den Bestimmungen des Vertrags aufgehört haben,
§. 3 Inst. de verb. obl. 3, 11.
L. 56. §. 4 D. eod.
(im Besonderen, daß bei einer auf die Lebensdauer bestimmten Rente der Rentenberechtigte gestorben sei). Das von Rentenforderungen aus Testamenten nach
L. 4. L. 11 D. de annuis leg. 33, 1.
hergenommene Argument leidet hier keine Anwendung, da legirte Renten, im Gegensatz zu den aus Verträgen erworbenen, vom ersten Jahre unbedingt, von folgenden Jahren aber immer bedingt sind, daher bei diesen dem Legatar die Nachweisung des Eintritts der Bedingung bei der Erhebung (also im obigen Falle des noch fortdauernden Lebens) jedesmal obliegt.
Höpfner, Instit. §. 808.
Vinnius ad Instit. 3. 11. §. 3.
Savigny, System Th. 3. S. 221.
Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 2. April 1844.

II.

Streitig ist, ob das annuum legatum, welches zu einem bestimmten Zweck vermacht worden (sub modo), gefordert werden kann, wenn auch die Zweckbestimmung nicht erfüllt ist.

Einige meinen, auch wenn der modus nicht erfüllt worden sei, könne das annuum legatum dennoch gefordert werden, arg. L. 1 C. de donat. quae sub modo.
Wernher, lect. comm. lib. 33. tit. 1. §. 3.
Müller, promtuar. sub legatum annuum Nro. 10.

Andere meinen, unter Berufung auf L. 20 pr. D. de annuis leg. L. 20. §. 3 de alim. leg., daß das Legat in solchem Falle cessire.
Leyser, sp. 388. med. 5.

Vergl.
Linde in Gießer Zeitschrift Bd. 5. S. 264 f.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 406 f.

III.

Streitig ist, wann ein annuum legatum, welches einer pia causa vermacht ist, verjähre.

Einige meinen, die Klagenverjährung beginne mit der Zeit der Fälligkeit einer jeden einzelnen Leistung, und werde in 40 Jahren vollendet.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 738 und in Glück's Pand. Bd. 42. S. 149.
J. H. Böhmer, exerc. ad P. exerc. 85.
Pufendorf, obs. 1. obs. 116.
Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. S. 319. Not. 741.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 102.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 858.

Andere meinen, dergleichen Legate seien überall unverjährbar wegen L. 46. §. 9 C. de episc. et cler. 1, 3.
Wernher, lect. comm. ad D. 33. 1. §. 3.
Leyser, med. ad P. Vol. IV. p. 934.

Hiergegen wird erinnert, daß die L. 46 cit. nicht glossirt, übrigens auch durch Nov. 81. c. 6 aufgehoben, und überhaupt durch die Bestimmungen des canonischen Rechts, cap. 4. 6 u. 15 X. de praescr., beschränkt sei.
Leyser, sp. 383. med. 6.
Müller, promt. sub legat. annuum Nro. 9.

Präjudiz 1.

In dem am 17. Mai 1757 publicirten Testamente des Stadtsecretärs Baenholz zu Braunschweig war §. 7 verordnet:
„Den hiesigen Hausarmen und Waisen vermache ich 500 Thlr., welche auf sichere Hypothek beiegt oder angewiesen werden sollen, davon die jährlichen Zinsen in zwei Terminen von meiner Erbin, nach ihr aber von ihren Erben und Erbnehmern auf ihr Gutbefinden distribuirt werden sollen."

Im Jahre 1841 klagte der Stadtmagistrat zu Braunschweig gegen die Boenholz'schen, jetzt Ebeling'schen Erben auf Rechnungsablage, resp. Belegung eines Capitals von 500 Thlr. Die Beklagten räumten ein, daß die 500 Thlr. nicht belegt,

die Zinsen nicht vertheilt wären, opponirten aber die Einrede der Verjährung.

Das Kreisgericht Braunschweig verwarf am 26. Juli 1842 die Verjährungseinrede, und verurtheilte die Beklagten, ein Capital von 500 Thlr. zu belegen, über die seit 40 Jahren geschehene Zinsenvertheilung Rechnung abzulegen, eventuell diese zu zahlen,

„da die qu. Testamentsbestimmung füglich nicht anders ausgelegt werden kann, als daß dieselbe die Constituirung einer ewigen Rente enthält, indem den Erben zur Pflicht gemacht ist, jährlich die Zinsen von 500 Thlr. in zwei Terminen an die Hausarmen und Waisen zu vertheilen, die ferner verfügte sichere Belegung oder Anweisung eines Capitals zu 500 Thlr. aber nur dazu dient, um die constituirte Rente zu sichern; nach L. 7. §. 6 C. 7, 39 aber bei solchen annuis legatis die Frist der Klagenverjährung erst von der Zeit der Fälligkeit jeder einzelnen Leistung anhebt, und sonach die Klage auf das ganze Recht nur dann als erloschen anzunehmen sein würde, wenn dem Rechte selbst widersprochen worden, und der Gläubiger es unterlassen hat, innerhalb der Verjährungsfrist Klage zu erheben; übrigens die allegirte L. 46. §. 9 C. de episc. et clericis zwar für die Intention des Klägers spricht, aber nicht beachtet werden kann, weil sie eine lex restituta ist ꝛc."

Das vormalige Oberlandesgericht zu Wolfenbüttel hob dieses Erkenntniß am 10. Oct. 1843 auf, achtete die Verjährungseinrede begründet, und wies somit den Kläger ab, aus folgenden Gründen:

„Da Justinian es gestattet, auch unbestimmte Personen in einem Testamente zu honoriren,

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 443. §. 44.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. §. 788.
Mühlenbruch, Pand. Th. 3. §. 641. Nr. 4. lit. b.
Glück, Comment. Th. 39. S. 452 f.

so ist die Giltigkeit des qu. Vermächtnisses an die Hausarmen und Waisen nicht zu bestreiten ꝛc.

„Die Verjährung würde wohl unstatthaft erscheinen, wenn, wie Kläger behauptet, das streitige Legat ein Rentenvermächtniß wäre. Allein dies ist nicht anzunehmen. Rente, Gülte, annui reditus ist das Recht, von besonderen Personen oder Gütern eine gewisse (in gewissen regelmäßigen Zeitperioden wiederkehrend fällige) Quantität von fungibeln Sachen zu fordern,

Schweppe, röm. P.-R. Th. 3. §. 463 a.

In dem qu. Testamente ist aber den Armen und Waisen nicht das Recht vermacht, von den Bornholz'schen Erben oder auch gewissen Gütern jährlich gewisse Einkünfte zu verlangen, sondern es ist ihnen nur überhaupt die Summe von 500 Thlr. vermacht. Daß dabei in dem Testamente des Erblassers Bestimmungen zur (hypothekarischen) Sicherung des Capitals getroffen wurden, ändert begreiflich an der Eigenschaft des Vermächtnisses nichts, und ebensowenig, daß der Testator die Vertheilung der Zinsen anordnete and auf bestimmte Tage verlegte, denn durch das aus diesen Bestimmungen folgende Verbot der Veräußerung allein hört doch dieses Vermächtniß nicht auf, Vermächtniß eines Capitals zu sein, und wurde dadurch nicht in ein Rentenvermächtniß verwandelt; auch war die Zinsbenutzung dieses Capitals die regelmäßige Benutzungsart, und dabei konnte durch Verlegung der Vertheilung der Zinsen auf bestimmte Tage im Jahre im Wesentlichen begreiflich auch noch nichts geändert werden. Solchemnach liegt nach den Worten und dem Sinne des Legats kein Rentenvermächtniß, sondern ein gewöhnliches Capitalvermächtniß oder legatum quantitatis vor, und daß darauf die gewöhnliche privatrechtliche Extinctivverjährung anwendbar sei, bedarf keiner Nachweisung ꝛc. Es kommt hier auch nur eine ganz einfache Extinctivverjährung in Frage, bei welcher nach der bona fides des Verjährenden nicht gefragt zu werden braucht. Nur dann würde dies nach canonischem Rechte nöthig sein, wenn die verjährenden Beklagten sich durch die Verjährung im Besitze einer fremden Sache erhalten wollten. Allein davon kann hier nicht die Rede sein. Denn da die Geldstücke, welche die Verjährenden an den Kläger auszuzahlen gehabt haben würden, bis zur Auszahlung offenbar ihr Eigenthum waren, so waren sie debitores rei propriae, nicht rei alienae, konnten sich daher möglicherweise auch nicht in einem besitzähnlichen Zustande einer fremden Sache, bei welcher ihnen conscientia rei alienae beigewohnt hätte, befinden, so daß sich die vom Kläger auf mala fides gestützte Unstatthaftigkeit der Verjährung als unbegründet darstellt.

„Gegen die Zulässigkeit der Verjährung hat nun Kläger noch folgende Argumentation aufgestellt: Die Bornholz'schen Erben wären Administratoren der durch das qu. Legat für die Armen errichteten milden Stiftung, und als solche dem Kläger als ihrer vorgesetzten Behörde Rechnung abzulegen verpflichtet, und diese Amtspflicht der Beklagten sei der Verjährung nicht unterworfen. Das berechtigte Subject des qu. Legats sei der bleibende Wohlthätigkeitszweck, welchen der Erblasser beabsichtigt habe; mit der Ausführung dieses Zweckes habe er seine Erben beauftragt, und wenn diese ihre Amtspflicht (sic) vernachlässigt hätten, so liege darin kein Grund zur Erlöschung des klagbar gemachten Anspruchs, da sich Niemand durch Verjährung von seiner Amtspflicht losmachen könne, und daher, wenn etwa auch das Legat an sich erloschen sei, die aus der versäumten Amtspflicht entstandene Entschädigungsverbindlichkeit mit jener noch fortdauere. Allein abgesehen davon, daß die Klage auf den Grund einer Entschädigungsverbindlichkeit wegen versäumter Amtspflicht nicht substantiirt ist, und daß derartige Entschädigungsverbindlichkeiten, sobald sie in das Privatrecht übergehen, der Verjährung ebenfalls unterliegen, so würde jene ganze Argumentation nur dann richtig sein, wenn die durch die Privatdisposition des Bornholz errichtete milde Stiftung (wenn man sie so nennen will) juristische Persönlichkeit erhalten hätte, und damit zugleich dem öffentlichen Rechte anheim gefallen wäre. Nur unter dieser Voraussetzung würde von einer öffentlichen Amtspflicht der Beklagten zur Rechnungsablage, von welcher sie sich als Verwalter des Vermögens einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen milden Stiftung ihren Vorgesetzten gegenüber durch Verjährung nicht liberiren könnten, die Rede sein können, weil die Verjährung nur eine Einrichtung des Privatrechts ist. Allein so ist die Lage der Verhältnisse nicht; die ganze Angelegenheit fällt, soweit sie das Verhältniß zwischen dem Kläger und den Beklagten anlangt, ins Gebiet des Privatrechts. Durch die Errichtung einer pia causa, milden Stiftung zum Zwecke der Wohlthätigkeit gegen die Armen und dergleichen Personen in dem Testamente eines Privatmanns oder durch eine sonstige Privatdisposition wird jener Stiftung der Charakter einer juristischen öffentlichen Person gar nicht beigelegt.

Mühlenbruch in Glück's Comment. Th. 39. S. 431 f. Th. 40. S. 44. 45. 47. 48.

Das Wesentliche bei solchen testamentarischen Bestimmungen geht darauf hinaus, daß die Honorirung der Armen, Kranken und dergleichen weder auf eine juristische Persönlichkeit, noch auf bestimmte Privatpersonen bezogen wird, sondern lediglich auf den Zweck zu beziehen ist, welcher als das eigentlich berechtigte Subject zu behandeln ist. Bei dieser Anomalie bedurfte es besonderer gesetzlicher Bestimmungen über die eigentliche Bedeutung solcher Honorirungen und über die Art und Weise ihrer Ausführung. Diese sind dahin getroffen, daß es zunächst dem Testirer überlassen ist, diejenigen Personen zu ernennen, welche sein Vermächtniß ausführen sollen, und daß, wenn solches vom Testirer nicht geschehen ist, der Bischof oder bei uns der Vorstand der regelmäßigen Armen- oder sonstigen betreffenden Anstalt,

Glück, Comment. Th. 39. S. 456. 462.

für die Ausführung zu sorgen hat. Sind vom Testirer Andere dazu ernannt, so hat der Bischof oder Vorsteher der Armenanstalt jene zu der Ausführung anzuhalten, und dieselben zu überwachen, wobei die Erben, wenn sie selbst mit der Ausführung beauftragt sind, und sich dabei säumig zeigen, gewissen Vermögensstrafen zum Besten der honorirten pia causa unterliegen.

Glück, a. a. O. S. 457.
Nov. 131. cap. 11 verbis: in omnibus enim talibus piis voluntatibus sanctissimos locorum episcopos volumus providere, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant.

Zu dem Ende ist der Bischof berechtigt und verpflichtet, bei denen, welche mit dem Legate belastet und mit dessen Realisirung beauftragt sind, gehörig nachzufragen, eintretenden Falls auf Vollziehung der letztwilligen Bestimmung zu dringen und

bei vorhandener Saumseligkeit des Verpflichteten die angedrobeten gesetzlichen Nachtheile durchzusetzen. Da aber die ganze Verpflichtung der honorirten, mit der Ausführung des Vermächtnisses beauftragten Erben auf dem privatrechtlichen Grunde eines Testaments und nicht auf einem öffentlichen Amte und der Anstellung zu solchem beruht, auch der Bischof eintretenden Falls einem executor testamenti gleich die erbschaftlichen, also auch die Klagen ex legato, wenn die milde Anordnung nicht auf einer Erbeseinsetzung, sondern nur auf einem Vermächtnisse beruht, anstellen muß,

Glück, o. a. O. S. 456.

so erscheint das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Bischof ouch nur als ein privatrechtliches, im Wege des Civilprocesses realisirbares In diesem Gebiete (des Privatrechts und Processes) kann aber in thesi kein Hinderniß aufgefunden werden, welches dem Gebrauche der Klagenverjährung im Weg stände.

„Diese Verjährung tritt nicht nur in Ansehung der Hauptverbindlichkeit der Beklagten zur Entrichtung des Vermächtnisses überhaupt, sondern auch natürlich in Ansehung der damit verbundenen Nebenverbindlichkeiten zu der verzinslichen hypothekarischen Belegung des Capitals, zur Erhebung und Vertheilung der Zinsen ein, indem auch diese nur auf dem privatrechtlichen Grunde des Testaments beruhend, sich als eine civilrechtliche obligatio ad faciendom darstellen, und als solche der Verjährung ebenfalls unterworfen sind."

Das vormalige OAG. zu Wolfenbüttel stellte am 5 September 1844 das kreisgerichtliche Erkenntniß wieder her aus folgenden Gründen:

„Der ꝛc. Bornholz sprach in seinem Testamente seine Absicht hinreichend deutlich dahin aus:

> daß von dem den Hausarmen und Waisen daselbst legirten Capitole von 500 Thlr. die Zinsen jährlich an seinem Geburts- und Sterbetage zu seinem Gedächtniß von seinen Erben unter die von ihnen als die bedürftigeren auserſehenen Armen und Weisen vertheilt werden, das Capital selbst aber sicher hypothekarisch belegt werden sollte,

und stiftete auf solche Weise ein legatum aonuum, sogenannte Memoriengelder, ut quotaaais memoria celebretur.

L. 16 D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

Diese jährlichen Vertheilungen an die Armen und Waisen machen für diese hauptsächlich das Legat aus, durch das dazu legirte zinsbare Hypothetcapital ist nur das Maß und Mittel der Vertheilungen bestimmt, und die Sicherung der letzteren beabsichtigt, das Capital selbst aber sollten die Armen und Woisen nie weder zur Vertheilung, noch einmal zur unmittelbaren Erhebung der Zinsen davon erhalten. Auf jene Vertheilungen geht daher hauptsächlich auch nur der Anspruch der Armen und Waisen an die Erben und event. die Klage der sie vertretenden Behörde; das Capital verbleibt den Erben, jedoch mit der testamentarisch verordneten Beschränkung der Benutzung und Disposition und unter der Aufsicht jener Behörde, welcher die Sorge für die Sicherstellung des Legats obliegt, wozu die Erben der Legatarien schon gesetzlich verbunden sind.

Lib. 36. tit. 3 ff. ut legat. s. fideic. servand. causa caveatur.

Unterließen die Erben die zinsbar hypothekarische Belegung des Capitals, so entstand gleichwohl sofort mit Ablauf der für die Berichtigung der Legate am Schlusse des Testaments gesetzten einjährigen Frist ohne Weiteres die Pflicht der Erben zu den jährlichen immerwährenden Zinsenvertheilungen, umsomehr als bei diesem ad piam causam gestifteten Vermächtnisse auch ohne testamentarische Zeitbestimmung und ohne Aufforderung zur Erfüllung die Wirkung des Verzugs von selbst eintrat,

Nov. 131. c. 12 (mora ex re, cf. L. 46. §. 4 C. de episc. et cler.)

und außerdem wurde durch den Verzug der Belegung oder Anweisung des Capitals die Pflicht der Erben in dem Maße perpetuirt, daß dieselbe, statt daß sie sonst, wenn die Belegung oder Anweisung vorschriftsmäßig von ihnen geschehen, und so auf das Capital das Legat radicirt worden wäre, durch den unverschuldeten Untergang des Capitals aufgehört haben würde, — nunmehr auf dem gesammten Nachlasse und auf ihrem eigenen Vermögen unverändert haften, und beides damit behaftet blieb.

L. 82. §. 1. L. 91. §. 3. 4 D. de verb. obl.
L. 39. §. 1. L. 47 in f. L. 108. § 11 D. de legatis I.

Liegt nun, wie unbestritten ist, dem Appellanten die Vertretung der Armen und Waisen als Legatarien gegen die Erben und die Aufsicht über die Sicherung und Erfüllung des Vermächtnisses ad piam causam ob, so ist derselbe auch befugt, hierüber, wie von ihm geschehen, Auskunft von den Appelloten zu verlangen, event sie zu der Erfüllung und Sicherung gerichtlich anzuhalten, und diese amtliche Befugniß an sich kann durch Verjährung nicht ausgeschlossen werden. Sofern indeß der Appellant die Appellaten wegen ihrer aus dem Testamente originirenden Pflicht auf deren Erfüllung in Anspruch nimmt, ist nach dem privatrechtlichen Ursprunge dieser Pflicht solcher Anspruch allerdings der Klagenverjährung unterworfen. Da aber die Klagen auf die durch Legat gestifteten jährlichen Leistungen nur jede für sich von der Zeit an, wo jede Leistung fällig wurde, verjähren,

L. 7. §. 6 D. de praescr.

und das Recht selbst fortbesteht, wenn nicht dasselbe der Schuldner verneint, und deshalb die Leistungen die Verjährungszeit hindurch — hier 40 Jahre — unterlassen hat, dieses jedoch von den Appellaten als Grundlage ihrer Einrede der Verjährung nicht behauptet worden, so ist diese Einrede in erster Instanz mit Recht für unbegründet erachtet. Dauert hiernach die Hauptpflicht der Appellaten zu den jährlichen Zinsenvertheilungen fort, so folgt auch von selbst die fortdauernde auf Gesetz und Testament beruhende Nebenpflicht zur Sicherstellung des Legats, und diese Sicherstellung erscheint jetzt um so nothwendiger, da die auswärtigen Erben den Nachloß gänzlich zu theilen, und so den Fonds des Legats von dem Orte, wo dasselbe zu leisten ist, zu verrücken — Hofgerichtsordnung tit. 30. — im Begriff sind."

Zeitschrift für Rechtspfl. für Braunschw. Jahrg. 3. Nr. 12. S. 180 ff.

Legatum debiti — nominis.

Haubold, de legatu nomiois (1793).
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 220.
v. Vangerow, Pand. §. 555.

I.

Ist Jemandem eine Schuldforderung — legatum nominis — vermacht, und die Schuld bestand zur Zeit der Testamentserrichtung; der Vater hat sie aber später eingezogen, oder die Forderung ist durch Compensation getilgt, so streitet man, ob das Legat wirksam sei.

Einige meinen, in der Regel sei das Legat ebenso unwirksam, wenn die vermachte Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers durch Solution getilgt sei, als wenn sie gar nicht bestanden habe, §. 21 Inst. 2, 20. L. 75. §. 2 D. de legat. I. Dasselbe müsse consequent auch behauptet werden, wenn das legirte nomen sich durch eine von dem Erblasser noch bei Lebzeiten mit dem Schuldner wegen einer Gegenforderung desselben gepflogene Abrechnung gehoben habe. Das Vermächtniß einer nicht wirklich vorhandenen Schuld sei gleich unwirksam, der Gegenstand des Schuldvermächtnisses möge entweder nie existirt oder noch bei Lebzeiten des Testators zu existiren aufgehört haben. Es folge dies schon daraus, daß der Erbe bei diesem Vermächtniß nichts weiter nöthig habe, als daß er dem Legatar die Klagen, die der Erblasser gegen den Schuldner gehabt hat, cedire. L. 105 D. de legat. I. Sei nun keine Schuldforderung mehr da, so sei es nutzlos, wenn der

Legatar gegen den Schuldner, um sein Vermächtniß zu erhalten, eine Klage anstellen wolle.

Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 3. S. 137.
Seuffert in Zu-Rhein und Sartorius' Sammlung merkw Rechtsf. Bd. 2. S. 1.
Bruoaemsnn ad L. 75 D. de legat. et fideicomm. Nro. 3.
Carpzov, P. 3. const. 13. def. 19.
Huber, prael. ad Inst. tit. de legat. Neo. 12.
Werober, P. 6. obs. 341.

Andere stimmen diesem bei, meinen aber, besondere Umstände, welche auf die Absicht der Fortdauer des Vermächtnisses bei dem mit der Auszahlung bekannt gewordenen Erblasser schließen ließen, hätten zur Folge, daß das Legat erfüllt werden müsse, z. B. wenn der Schuldner aus freien Stücken gezahlt und der Erblasser das empfangene Geld zurückgelegt habe, L. 11. §. 13 D. de legat. III. cf. L. 31. §. 3 D. de adim. legat. 34, 4.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 637.
Schweppe, röm. P.-R. §. 925.

und aus welchen Umständen ein solcher Schluß auf die Absicht des Testators zu machen sei, könne bloß nach vernünftigem Erwägen des einzelnen Falls entschieden werden; der Legatar müsse aber darthun, daß dergleichen wirksam vorhanden gewesen seien.

Schweppe, röm. P.-R. §. 925. S. 372. Net. 3.

Vergl.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 852.

Andere meinen, der Erbe brauche nicht dafür aufzukommen, wenn die Forderung gar nicht existire, oder ungiltig oder erloschen, oder wegen Unvermögens des Schuldners inexigibel sei. Wenn aber die Forderung nach des Testators Tode auf eine solche Weise erloschen sei, daß sie dem Erben zu Gute gekommen, z. B. er wäre noch bei des Ersteren Lebzeiten Schuldner des Schuldners geworden, und mit dem Erbantritt sei also Compensation eingetreten, oder er habe sie während obschwebender Bedingung für das Vermächtniß eingezogen, so habe er diesen Gewinn dem Honorirten auszuantworten.

Sintenis, Civilrecht §. 218. S. 767.

Ueber die Erklärung der L. 75. §. 1 u. 2 de leg. I. und der L. 25 de liberat. leg. siehe

v. Vangerow, Pand. §. 555.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 294.
Braun, Dictate S. 696.

Siehe auch legat. liberationis c. 1.

II.

Streitig ist, ob die Gefahr eines legatum nominis den Legatar oder den Erben treffe, L. 88. §. 8 D. de leg. II.

Einige meinen, nach L. 88 cit. trete der Grundsatz ein: heres in legato nominis legatario evictionem non praestet, und der Erbe habe für die Zahlbarkeit des Schuldners, wenn der Testator nicht etwas Anderes ausdrücklich bestimmt habe, nie einzustehen, L. 75. §. 2 und in f. L. 105 D. de legat. I.

Schweppe, röm. P.-R. §. 925.

Andere meinen, die Beurtheilung des Einzelfalls sei je nach der Wortfassung nicht selten zweifelhaft, und komme es vielmehr auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers an*):

Hanbold, de legato nominis.
Sarwey, Monatsschrift Bd. 20. S. 299.

Vergl.

Müller ad Leyser. T. IV. fasc. 1. obs. 611.

wogegen Andere den Beweis dem Erben nachlassen, daß der Erblasser das Legat überall nicht angeordnet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß die ausstehenden Schulden inexigibel wären**).

Schmidt in den hinterlass. Abhandlungen prakt. Rechtsmaterien Bd. 2. S. 278.

Präjudiz 1.

G. H. zu S. veemachte in seinem Testamente dee R. U. ein Legat von 8000 Fl. in „Geld oder Capitalien". Die Erben teaten ihe zwei durch Unterpfand versicherte Foederungen von 4500 Fl. und 2500 Fl. „als baaee Zahluog unter zweijährigee Gaeantie" ab; der Rest wurde in Geld entrichtet. Da dee Schuldner der beiden Capitalien in Concurs gerieth, in welchem die U. mit dem größeren Theil der einen iheer Foederungen durchfiel, so belangte sie die Erben auf Ersatz.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab, weil die Gaeantie nue für den Fall geleistet woeden, wenn der Verlust binnen der zwei Jahee wirklich eingetreten sei. In zweiter und dritter Instanz wurden aber die Beklagten zur Zahlung der durchgefallenen Summe veruetheilt.

Das oberste Gericht ging bei seiner Entscheidung davon aus, daß die Beklagten, ohne ein besondeees Versprechen, gesetzlich füe die Einbringlichkeit dee an Zahlungsstatt abgetretenen Forderungen nicht zu haften hätten,

*) In einem Falle, wo der Testator verfügt hatte, dem A vermache ich 2000 Thle., welche derselbe aus den in R. ausstehenden Capitalien erheben soll, wuede der Erbe von dem Schöppenstuhl zu Jena zue unbedingten Leistungspflicht veruetheilt.

Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 853.

**) In einem Falle hatte der Eeblasser disponirt: meinem Beudee vermache ich 1000 Thlr., welche er aus den T.'schen Zinsen erheben soll. Da der debitor assiganlus zahlungsunfähig befunden wuede, so verlangte der Legalar die 1000 Thle. vom Erben. Die Wittenberger Facultät erkanate conforem mit dem Gerichte in Frankfurt, der Erbe sei von dee Klage zu entbinden, wenn der Legatae nicht beweisen wüede, daß der Erblasser die 1000 Thlr. allenfalls aus dee Erbmasse prästirt wissen wolle. Gegen diese Entscheidung werden auf Grund der L. 27. §. 2 D. de leg. III. L. 12 D. 34, 1, weil die Capitalien nur demonstrationis causa beigefügt werden, Bedenken erhoben von

Leyser, spec. 393. med. 2.

In einem anderen Falle hatte der Testatoe veeordnet: „meinee Köchin sollen bis an das Ende ihres Lebens von den Zinsen des bei dee Gemeinde A angelegten Capitals von 1200 Fl. jähelich 50 Fl. gegeben weeden". Nun hatte aber dee Testator niemals ein Capital bei der Gemeinde A angelegt. Der oberste Gerichtshof entschied gegen zwei conforme Erkenntnisse, duech welche die legataria abgewiesen war, füe ein legatum alimentorum mit unrichtiger Anweisung des Fonds, welche aber als falsa demonstratio der Giltigkeit des Legats selbst nicht schade.

Hieegegen wird erinneet, daß der Erblasser die Zinsen des feaglichen Capitals nicht als Mittel zum Zweck der Erfüllung, sondern geradezu als den Gegenstand des Vermächtnisses selbst bezeichnet hatte. Die Erwähnung der Zinsen des bei dee Gemeinde A angelegten Capitals habe nicht bloß die Eigenschaft einer falsa demonstratio; denn sie erscheine nach der Fassung des Testaments nicht als Nebenbezeichnung oder Nebenbestimmung, sondern sie enthalte die hauptsächliche unmittelbaee Angabe des dem Legat bestimmten Gegenstandes.

Zu-Rhein u. Sartorius, Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. 2. S. 1.
Vergl. Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 853 f.

fr. 4 de hered. vend. 18, 4.
fr. 74. §. 3 de evict. 21, 2.

die von den Beklagten übernommene Garantie enthalte aber ein besonderes Versprechen, für die Güte der Forderungen zu haften, wenn dieselben binnen der ersten zwei Jahre als uneinbringlich sich darstellen würden. Sodann wird ausgeführt, daß das fragliche Capital schon innerhalb der Gewährzeit nicht einzubringen gewesen sei, und die Kläger behufs der Beitreibung desselben nichts versäumt haben.

Die Einwendung der Beklagten, daß die Klägerin, welche in dem Gante des Schuldners die unverkäuflich gewesene verpfändete Liegenschaft um 5600 Fl. übernommen hatte, solche später mit einem Mehrerlös von 1025 Fl. verkauft habe, der an der eingeklagten Ersatzforderung abzuziehen sei, wurde für unerheblich erachtet. Denn das zwischen den Parteien bestandene Verhältniß, worauf der Ersatzanspruch sich gründe, sei durch den Vertheilungsbescheid in dem Gante des abgetretenen Schuldners zum Abschluß gekommen; bei dem Ankauf der Masseliegenschaft, wobei die Klägerin wie jeder Dritte habe auftreten können, und bei deren Wiederverkauf erscheine die Klägerin wie eine dritte Person; sie habe lediglich auf ihre Gefahr gehandelt, und sowie sie bei einem etwaigen Verluste nicht zu Erhöhung ihres Ersatzanspruchs gegen die Beklagten berechtigt gewesen wäre, so liege auch kein Grund vor, aus diesem auf Gefahr der Klägerin unternommenen Geschäfte, nachdem sich ein Gewinn dabei ergeben, die Beklagten Vortheil ziehen zu lassen, indem bei einem solchen auf Gewinn oder Verlust gewagten Geschäfte der Klägerin nicht ein doloses Verfahren zur Last gelegt werden könne.

Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 27. Mai 1856.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 62.

Präjudiz 2.

. . . wird mitgetheilt, und da das Legat der 100 Gulden zwar als ein legatum quantitatis anzusehen, indeß ausdrücklich von dem Vermögen ausgesetzt ist, welches der Testator außer demjenigen, was er den Giesecke'schen Eheleuten zugebracht hat, annoch besitzen würde, mithin die Vollgiltigkeit des Legats von der Existenz und Größe der benannten Zahlungsmittel umsomehr abhängt, als deren Anweisung mit dem Legate selbst verbunden, folglich taxationis, nicht demonstrationis causa hinzugefügt worden,

L. 108. §. 1 D. de legat. I. (30.)
L. 8. §. 2. L. 88. §. 8 D. de leg. II. (31.)
L. 34. §. 2 D. de legat. III. (32.)
L. 5 D. de tritico leg. 33, 6.

so daß die Berichtigung des Legats nur von den übrigen Vermögensobjecten, mit Ausschluß dessen, was der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung den Giesecke'schen Eheleuten schon zugewandt hatte, insofern dergleichen sonstige Vermögensobjecte vorhanden, und insoweit sie zureichend sind, gefordert werden kann...

Bescheid des LG. zu Wolfenbüttel vom 8. Oct. 1840, in A.-S. Busch c. Giesecke.

Präjudiz 3.

Es liegt thatsächlich vor, daß der Testator H. Chr. Basse

1) seiner Ehefrau, der Appellantin, von seinen ausstehenden und baar vorräthigen Geldern die derselben sofort nach seinem Tode auszuzahlende oder zu überweisende Summe von 112 Thlr. vermacht, ferner

2) verfügt habe, daß sein übriges Vermögen, nebst den ausstehenden Kaufgeldern für die von ihm erkaufte, nachher vindicirte von Hohnrodt'sche Länderei, seinen zu Erben eingesetzten Großkindern verbleiben solle.

Jenes Legat ist nun zwar keineswegs ein legatum speciei, vielmehr ein legatum quantitatis, allein es ist der Appellantin ausdrücklich von dem ausstehenden und vorräthigen Gelde, mit Ausschluß alles übrigen Vermögens, namentlich auch der Kaufgelder für die von Hohnrodt'sche Länderei, ausgesetzt, mithin die Giltigkeit des Legats von der Existenz der benannten Zahlungsmittel umsomehr abhängig, als deren Anweisung mit dem Legate selbst verbunden, überall nicht demonstrationis causa hinzugefügt worden.

L. 108 D. de legat. I.
L. 8. §. 2. L. 88. §. 8 D. de legat. II.
L. 34. §. 2 D. de legat. III.
L. 5 D. de tritico, vino vel oleo leg. 33, 6.

In einer anderen Bedeutung kann das Legat auch nach dem erklärten Willen des Testators nicht verstanden werden. Er verordnete, daß alles sonstige Vermögen (nach Berichtigung der Schulden und des von dem ausstehenden und baar vorräthigen Gelde zu entnehmenden Legats), mithin auch die von Hohnrodt'sche Kaufsumme den Erben verbleiben solle, und erklärte damit seine Absicht, daß die Appellantin auf diese Kaufsumme überall keinen Anspruch machen, vielmehr die Berichtigung des Legats nur von den obigen Ausständen und baar vorräthigen Geldern, sofern dergleichen bei seinem Ableben vorhanden seien, fordern dürfe. Nur mit dieser Voraussetzung war auch die Verfügung des Testators vereinbar, daß das Legat *sofort* nach seinem Tode gezahlt oder überwiesen werden solle. Bei der völligen Verständlichkeit der von dem Testator gebrauchten Worte kann ein Beweis über die denselben entgegenstehende Absicht des Testators, daß das Vermächtniß, selbst in Ermangelung von ausstehenden und vorräthigen Geldern, von den Erben zu entrichten sei, nicht nachgelassen werden

L. 25 §. 1 D. de legat. III.
L. 7 D. de supp. legato 33, 10.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 6. Febr. 1831, in A.-S. Basse c. Eppers.

III.

Streitig ist, ob unter dem Vermächtnisse eines Capitals auch die von demselben rückständigen Zinsen mit inbegriffen seien.

Einige bejahen dies, weil theils die Zinsen überhaupt als ein Accessorium des Capitals angesehen werden müßten, theils der Wille des Erblassers auf das Vollkommenste erklärt werde, L. 12 D. de reg. jur., und die Erklärung in dubio gegen den Erben und zum Besten des Vermächtnißnehmers erfolgen müsse, L. 13 D. de reb. dub.

Leyser, spec. 395. med. 1.

Andere meinen, obige Gründe könnten nur eintreten, wenn der Wille des Testators zweifelhaft sei; dieses sei aber nicht der Fall, wenn der Testator *nur* von dem Capitale rede und nur solches vermache. Vergl. auch L. 24 D. de usu et usufr. et redi leg.

Lyncker, decis. cent. 9. dec. 831
Hommel, Rhapsod obs. 457.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 3. Nr. 174.

Legatum dotis constituendae.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 340.
Hasse, Güterrecht der Ehegatten Bd. 1. S. 327 f.

I.

Streitig ist, was unter dem legatum dotis zu verstehen, und ob ein solches Vermächtniß im Zweifel ein bedingtes, oder ein Vermächtniß sub modo sei.

Einige meinen, unter legatum dotis sei zu verstehen, daß dem Manne für die Frau die Mitgift vermächtnißweise bestellt werde. Das Verhältniß Beider ordne sich dann nach den allgemeinen eherechtlichen Grundsätzen. Der Mann, dem die Mitgift bestellt werde, erscheine als eigentlich Honorirter; er könne das Vermächtniß auch schon vor Eingehung der Ehe fordern, indessen nur gegen gehörige Caution, da das Vermächtniß erlösche,

sobald es gewiß werde, daß die Ehe nicht zu Stande komme; nur wenn der Mann die Vollziehung der Ehe verweigere, falle die Mitgift, wie bei vollzogener und getrennter Ehe, an die Frau zurück. Wenn dagegen der Frau selbst etwas zur Mitgift vermacht worden, so sei dies kein eigentliches legatum dotis, sondern sie sei dann gewöhnlichermaßen und nur mit der näheren Bestimmung honorirt, das Vermächtniß zu einem gewissen Zwecke zu verwenden, oder es könne auch danach dem künftigen Ehemann derselben vom Onerirten die Mitgift bestellt werden sollen. Möglich sei das Eine wie das Andere, sowohl mit Bezug auf die Verheirathung mit einer bestimmten Person, als unbestimmt und ohne solchen; im letzteren Falle sei die Zweckbestimmung, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes vom Testator angeordnet worden, ohne Wirkung und Bedeutung.

Sintenis, Civilr. §. 218. S. 761 u 766.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 340 f.

Andere meinen, man könne vier Arten solcher Vermächtnisse unterscheiden, nämlich a) durch Vermächtniß werde eine dos begründet; b) es könne auch der, welchem das Zurückforderungsrecht der dos zustehe, dies Recht einem Anderen legiren — was ein gewöhnliches nomen legatum werde; c) es könne dem Verpflichteten die Befreiung von der Rückgabe der dos vermacht sein — dies sei eine Art der liberatio legata; d) es könne aber auch der Verpflichtete dem Berechtigten die Zurückforderung vermachen, wobei dann vorzugsweise das von dem Manne angeordnete Zurückvermächtniß der dos zum Besten der Frau berücksichtigt werde. Dies sei eigentlich ein legatum debitum. Wenn nun der Fall sub a eintrete, so könne solches Vermächtniß unter der conditio nuptiarum, also als bedingtes Legat (wie sich bei einer versprochenen dos immer von selbst verstehe) angeordnet werden; aber auch als unbedingtes Legat könne die Anordnung erfolgen, und in diesem Falle habe es die Natur eines legatum sub modo, d. h. das Vermächtniß müsse gegen eine auf Erfüllung des modus gerichtete Cautionsleistung sofort entrichtet werden.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 744.

Andere meinen, der Natur der Sache nach müsse im Zweifel eher für eine Bedingung als für den modus entschieden werden, so daß also das Frauenzimmer die dos nicht eher constituirt verlangen könne, als sie sich wirklich verheirathet, L. 71 D. 35, 1. L. 3 D. 23, 3.

Schweppe, röm. P.-R. §. 924.
Thibaut, System §. 907.
Höpfner, Institut. §. 565.
Voet, Comment ad P. 33. 4. §. 1.
Stryk, usus mod. 33. 4. §. 5.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 33. 4. §. 3.

Andere behaupten das Gegentheil vermöge des Ausspruchs der Gesetze: conditiones, quae tacite insse videntur, non faciunt legata conditionalia.

Walch, controv. p. 247.
Nettelbladt, diss. de legato dotis constit. §. 3 u. 15.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 533.
Westphal, Vermächtnisse §. 275.

Siehe hiergegen
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 858.

Siehe auch Bedingung Contr. 8.

Legatum generis.

Gebauer in exerc. acad. T. 1. exerc. 15.
Roßhirt, Vermächtnisse B. 2. S. 6.

I.

Streitig ist, ob ein legatum generis auch dann giltig sei, wenn es den unter dasselbe fallenden Individuen an der sicheren Bestimmtheit fehlt.

Einige bejahen dies, und lassen sogar z. B. ein Vermächtniß „eines Grundstücks" ohne alle nähere Bezeichnung giltig sein. Man läßt dann nach dem Vermögen des Erblassers, sowie nach Stand und Nothdurft des Legatars arbitriren.

Vinnius ad §. 2 Inst. 2. 20.
Höpfner, Instit. §. 569. Not. 1.

Andere verlangen nach L. 69. §. 4 D. de jur. dot. 23, 3. L. 71 pr. D. de leg. I. wenigstens die nähere Bezeichnung des Gegenstandes, z. B. das Vermächtniß eines Hauses, und nehmen zugleich an, daß das Vermächtniß „eines Grundstücks" zu allgemein sei.

v. Vangerow, Pand. §. 549.
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 836.

Vergl.

Francke, obs. de jure legat. et fideicomm. sect. 1. cap. 1.

Andere meinen, daß die Voraussetzungen in der L. 69 cit. u. L. 71 cit. in engem Bezuge auf die Anordnung solcher Legate in lateinischer Sprache zu denken seien, und daß die Giltigkeit von dergleichen Anordnungen zunächst quaestio facti sei. Wenn z. B. der Testator zwei Häuser und drei Wiesen hinterlassen, und bestimmt habe: „Eins meiner Grundstücke vermache ich", so möge der Mangel einer genügenden Bestimmtheit zugegeben werden; wenn er aber z. B. drei Wiesen besitze, so sei bei einem Vermächtnisse der obigen Art der Wille des Testators nach jeder Richtung hin erkennbar, das Vermächtniß gelte, und der Legatar habe die Wahl unter den drei Wiesen. Ueberhaupt könne das deutsche Wort „Grundstück" nicht absolut für so unbestimmt gehalten werden; ja selbst in L. 69 cit. sei die Unbestimmtheit des fundus von ganz anderer Art zu denken, als wenn ein Testator diesen Collectivbegriff brauche, dessen Anwendung auf seine Grundstücke (vorausgesetzt, daß er deren habe) doch oft gar nicht zweifelhaft sein könne. Anders sei der Fall, wenn der Testator mehre gleichnamige Sachen habe, und von diesen eine vermacht haben sollte, z. B. mehre Ausgaben desselben Buchs; hier liege ein legatum speciei vor, wobei nur die species durch Interpretation zu finden sei, und im Zweifel die als vermacht gelte, welche den geringsten Werth habe, L. 39. §. 6 de leg. I., wobei der Erbe dann die Wahl habe, L. 32. §. 1. L. 37. §. 1 eod. L. 20 eod.

Sintenis, Civilr. §. 217. Not. 29.

Vergl. Contr. 2.

II.

Streitig ist, ob das Legat gilt, wenn sich Sachen aus dem vermachten genus gar nicht in der Erbschaft finden.

Einige meinen, es sei zwischen unbeweglichen und

beweglichen Sachen zu unterscheiden. Bei unbeweglichen Sachen trete der Grundsatz der L. 71 pr. de legat. I. ein, wo es bei dem Vermächtnisse eines Hauses heiße: quodsi testator nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum; bei beweglichen Sachen komme es aber auf dies Erforderniß nicht an. Vergl. L. 25. §. 17 D. fam. herc. 10, 2. L. 13. L. 37 pr. de leg. I. L. 3 pr. de tritico, vin. 33, 6.

Warnkönig, Comm. III. §. 1167.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 14.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 744.
Fritz in Wening's Lehrb. §. 538 a. E.
Höpfner, Institut. §. 569. Not. 1. §. 571.

Andere meinen, es fehle an inneren Gründen für solche Unterscheidung, und daß die L. 71 cit. nur eine Singularität für ein legirtes Haus habe angeben wollen. Die übrigen Gesetze seien völlig unbeweisend, denn die L. 3 cit. rede nur von dem Legate einer Quantität, also nicht von dem legat. generis, und die übrigen Stellen setzten ein giltiges legatum generis voraus, ohne auch nur mit einem Worte auf die Voraussetzungen dieser Giltigkeit sich einzulassen. Das Vermächtniß sei vielmehr immer ungiltig.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1494. not. a.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 538 a. E. (edit. 4.)
Puchta, Lehrb. §. 523. Anm. S. 579.
v. Vangerow, Pand. §. 549.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 838.

Andere meinen, es könne sich nur fragen, ob der Gegenstand des Vermächtnisses genügend bestimmt und bestimmbar sei; dann müsse der klar ausgesprochene Wille des Erblassers erfüllt werden, wenn gleich keine Sachen der Art in der Erbschaft vorhanden sein sollten. An der erforderlichen Bestimmtheit könne es sogar fehlen, auch wenn die Erbschaft Sachen der angegebenen Gattung enthalte, sei es, weil die Gattung gar zu allgemein bestimmt worden, z. B. wenn bloß „ein Thier" vermacht wäre, oder weil kein Maßstab für die nähere Bestimmung gegeben sei, wie wenn schlechtweg ein Grundstück vermacht wäre, ohne allen Anhaltspunkt für Bestimmung der Lage und Größe, L. 69. §. 4 D. de jure dotium 23, 3, wofern nämlich nicht der Erblasser eines von den ihm gehörenden, in bestimmten Grenzen abgeschlossenen Grundstücken zu geben beabsichtigte. Leichter noch werde es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen, wenn sich in der Erbschaft keine Sachen der Art vorfänden, auf welche das generelle Vermächtniß nach dem Willen des Erblassers bezogen werden könnte; z. B. wenn ein Haus oder ein Gebäude vermacht wäre, ohne alle Bestimmung der Größe und Lage, worunter sowohl die elendeste Hütte als der prächtigste Palast verstanden werden könnte, L. 71 pr. de leg. I. Aber es könne auch in solchem Falle sehr wohl das Legat der Gattung hinreichend bestimmt sein, um es als vollkommen giltig anzusehen. Wenn z. B. einem Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde, einem Landmann ein Paar gute Zugochsen oder Milchkühe und dergl. vermacht würden, so bestehe kein Grund, den Erben aller Verpflichtung zu entbinden. Und so werde auch, wenn Jemandem ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt, sowie es seinem Stande und Bedürfnisse angemessen ist, vermacht wäre, das Vermächtniß wirksam sein.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6 S. 333.

Vergl.

Sintenis, Civilr. §. 217. Not. 28 u. 29.

Legatum liberationis.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 338 f.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. S. 116.
Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 2.

I.

Streitig ist, ob das legatum liberationis gilt, wenn die Schuld schon bei Lebzeiten des Erblassers vom Legatar zurückgezahlt ist; oder überhaupt die Schuld beim Tode des Erblassers nicht existirte.

Einige meinen, in diesem Falle sei das Legat überhaupt ungiltig, L. 75. §. 2 D. de legat. I. L. 13. L. 25 D. de liberat. leg. 34, 3.

Arndts ad leg. 25 D. de liberat. leg. (1825.)
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 8. S. 300.
Gottschalk, discept. for. III. Nro. 2.
Puchta, Pand. §. 523. Nr. 9.
v. Vangerow, Pand. §. 555.
Wächter in Tübing. krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 186.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 751.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 532. Not. 4.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 339.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 855.

Andere meinen, wenn beim leg. liberat. gar keine Forderung existire, so sei das Legat allerdings ungiltig, wenn keine bestimmte Summe genannt war; sei eine solche aber genannt, so gelte das Legat, es sei denn, daß dem Erben nur ein non petere auferlegt sei, L. 24. L. 25 D. de liberat. leg.

Thibaut, System §. 905.
Braun, Dictate S. 696.
Froben, Erörter. Bd. 2. S. 318.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 294.
Geiger u. Glück, Rechtsfälle Bd. 1. S. 18 f.

Andere unterscheiden, ob der Testator die Schuld, welche früher wirklich bestanden hatte, aus Noth oder ohne Noth eingezogen habe.

Höpfner, Institut. §. 563.
Crell, diss. legatum liberationis solutione spontanea non extingui §. 3.

Siehe hiergegen

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 855.

Andere stellen folgende Sätze auf: Unwirksam wird das Legat, wenn die Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers getilgt ist; dagegen steht dem Legatar die Rückforderung zu, wenn er erst nach dem Tode des Erblassers, nicht freiwillig und von dem Vermächtnisse unterrichtet, die Schuld bezahlt hat. Ist aber eine Schuldverbindlichkeit gar nicht vorhanden, so ist das Legat ganz ungiltig, es mag der Gegenstand der angeblichen Schuld bestimmt sein oder nicht; der Legatar, dem die Forderung gegen sich selbst vermacht ist und dem dadurch nur Befreiung von der Schuld vermacht sein sollte, kann nichts fordern, wenn die Schuld nicht existirt; so wenig wie derjenige welchem eine Forderung gegen einen Dritten vermacht ist, etwas fordern kann, wenn die Forderung nicht existirt, wofern nicht etwa der Erblasser erweislich den Willen hatte, daß

dem Legatar jedenfalls ein Vermächtniß von dem angegebenen Betrage zu Theil werden solle. — Die Anhänger dieser Ansicht erkennen an, daß die L. 25 de liberat. leg. Schwierigkeiten mache, meinen aber, diese Stelle erkläre sich befriedigend, wenn man nur die Zweifelsätze von dem entscheidenden Ausspruche des Paulus gehörig scheide, und insbesondere den Satz: sed poterit hoc dici . . . . damnas esto non petere? als Fragesatz auffasse, wobei in der Frage zugleich die verneinende Antwort liege.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 339.

Vergl.

v. Vangerow, Pand. §. 555.

mit

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 294 f.

Siehe auch legatum debiti Contr. 1.

II.

Streitig ist, ob das Liberationslegat für entzogen zu erachten sei, wenn der legirende Gläubiger den honorirten Schuldner auf Rückzahlung seiner Schuld gerichtlich belangt hat.

Einige meinen, das Legat sei in diesem Falle factisch widerrufen.

Struv, diss. de tacita legatorum adempt. §. 49.
Westphal, Vermächtnisse P. 1. sect. 5. §. 205.
Voet, Comm. ad P. lib. 30. §. 23.

Andere meinen, daß die Eintreibung der Schuld nicht immer und absolut für ein hinlängliches Zeichen der Willensänderung gelten könne, L. 7. §. 4. L. 21 pr. D. 34, 4,

Lauterbach, coll. th. pr. P. 34. 4. §. 12.
Hauhold, diss. de legat. nominis §. 10.
Crell, diss. legat. liberat. solut. spont. non extingui §. 3 in ej. diss. et progr. fasc. VII. Nro. 52.

und komme es vielmehr auf die Umstände an.

Gottschalk, disc. for. T. III. p. 23.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 856.

Legatum nominis, s. legatum debiti.

Legatum partionis.

v. Vangerow, Pand. §. 556.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 9. S. 269.
Schwarz u. Heyne, Unters. S. 303.
Westphal, Vermächtnisse §. 19.

I.

Streitig ist, was für Rechte und Pflichten bei dem legatum partionis auf den Legatar übergehen.

Einige meinen, bei dem legatum partionis gingen die Rechte des Erblassers bis auf den bestimmten Theil auf den Legatar über, nicht aber die Schulden; doch müsse der Legatar dem Erben durch die sog. stipulationes partis et pro parte Caution leisten, zur Abbezahlung der Schulden verhältnißmäßig beitragen zu wollen.

Thibaut, System §. 904.

Andere meinen, bei jener Aeußerung sei von Thibaut übersehen, einmal, daß der Erbe das Recht habe, den Legatar abzufinden, L. 26. §. 2. L. 27 D. de leg. I. L. 32. §. 8 D. de leg. III., und wenn der Erbe von diesem Rechte Gebrauch mache, so falle Alles hinweg. Sodann sei es nicht richtig, daß, wenn der Erbe den Legatar nicht abfinde, alle Rechte auf diesen übergingen. Die Forderungen gingen ebensowenig über wie die Schulden, §. 5 Inst. 2, 23, weil ja weder Forderungen noch Schulden durch singularis successio übertragen werden könnten, L. 25. §. 2 D. 7, 1. Die stipulationes partis et pro parte seien übrigens zur communicatio lucri et damni inter heredem et legatarium partiarium eingeführt, und sei nach dem neueren Rechte das fragliche Vermächtniß als Universalvermächtniß anzusehen.

Löhr im civil. Archiv Bd. 2. S. 191.
Löhr, Magazin Bd. 4. S. 93.

Hiergegen wird erinnert, daß der Gegenstand eines Vermächtnisses an sich ganz unabhängig von dem Unterschiede zwischen Universal- und Singularvermächtnisse sei; das legatum partionis bestehe aber gerade in einer pars quota der Erbschaft, welche der Honorirte als Singularsuccessor erhalten solle.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 138 f.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 745.

Legatum poenae nomine relictum.

I.

Zur Begriffsbestimmung des legatum poenae nomine relictum und über die heutige Anwendbarkeit dieses Legats siehe

Lauterbach, coll. th. pr. P. 34. 6. §. 1 u. 3.

Präjudiz 1.

Im Justinianeischen Rechte ist das Verbot solcher Legate auf den Fall beschränkt worden, wenn dadurch eine anstößige Handlung befördert werden sollte, oder etwas ganz Unmögliches verlangt wurde,

C. on. de his quae poenae nom. leg. 6, 41.

mithin kann es nicht genügen, wenn nicht die Handlung, wozu der Onerirte durch die Bedingung genöthigt werden soll, sondern nur das Motiv des Testirers ein liebloses oder anstößiges genannt werden könnte.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31. Januar 1842.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 61.

Legatum quantitatis.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 73.

I.

Streitig ist, wozu der Erbe angehalten werden könne, wenn der Testator bei einem legatum quantitatis die Qualität, bei Gegenständen verschiedener Güte, unbestimmt gelassen hat.

Einige meinen, dann könne der Erbe ganz nach Willkür bestimmen, L. 4 D. de tritico, vino vel oleo leg. 33, 6.

v. Vangerow, Pand. §. 550.
Puchta, Lehrbuch §. 523. Nr. 3.
Sintenis, Civilrecht §. 217. S. 764.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 840.

Andere meinen, jene Stelle handle nur von legirtem Oel, und sei deshalb ein jus singulare für diese Substanz.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 746. Not. 8.

Andere meinen, die Wahl der unbestimmt gelassenen Qualität habe zwar der Erbe, wenn sie nicht ausdrück-

lich dem Legatar eingeräumt worden, doch müsse jener nach der mittleren Qualität und dürfe nicht die schlechteste wählen, L. 110 D. de legat. I L. 1. L. 3 pr. L. 4 D. de tritico etc. 33, 6.

Wening-Jngenheim, Lehrbuch §. 536.

Andere meinen, die L. 110 cit. handle gar nicht von dem legatum quantitatis, und die L. 1 u. L. 3 cit. redeten von dem Falle, daß, wenn Wein vermacht sei, kein Essig gegeben werden dürfe, wenn auch der Hausvater den Essig dem Wein beizurechnen pflege. Hieraus folge aber nichts weiter, als daß kein verdorbenes Gewächs gegeben werden dürfe.

Puchta, Lehrb. §. 523. Not. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 838.

Legatum redituum.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 98.
Sintenis, Civilr. §. 218 D.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 330 f.

I.

Ueber die Frage, wie sich das legatum redituum von dem legatum alimentorum und legatum annuum unterscheide, siehe

Sintenis, Civilrecht §. 218 D.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 330 f.

Legatum rei alienae, s. judicium familiae hercisc. c. 11.

Legatum speciei.

Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 165 f.
Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. 15. S. 393 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 324 f.

I.

Streitig ist, wann das Eigenthum des Legatars seinen Anfang nimmt, wenn dem Legatar eine Species vermacht ist (siehe auch legatum debiti Contr. 2. Präj. 3)*).

Einige meinen, so lange der Legatar das Legat noch nicht erworben habe, sei er auch noch nicht Eigenthümer. Sei aber die Erwerbung des Legats geschehen, und eine species vermacht, die species gehöre aber dem Testator nicht, so müsse der Erbe sie kaufen und dem Legatar übergeben. Sobald er dies thue, und nicht eher, werde der Legatar Eigenthümer.

Höpfner, Institut. §. 584.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1551.

Andere meinen, daß das Recht auf das Legat mit dem Tode des Erblassers, das Eigenthum aber erst mit der Erbschaftsantretung beginne, L. 44. §. 1. L. 69 pr. L. 86. §. 2 D. de legat I., und zwar ohne Tradition, L. 80 D. de legat. II.

Gesterding, Nachforsch. Th. 4. Abth. 1. S. 286.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 836.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 324 f.

Im Uebrigen s. Vermächtnisse A. c. 8. 9. 10. 11.

*) Die Proculejaner waren in Beziehung auf das Vindicationslegat der Meinung, daß der Legatar erst durch erklärte Annahme des Vermächtnisses das Eigenthum erwerbe, und diese Meinung schien dem Gajus sogar durch eine Constitution des Divus Pius bestätigt zu sein, Gaj. II, 195. Aber das Uebergewicht blieb der Ansicht der Sabinianischen Schule, nach welcher der Legatar selbst ohne Wissen und Willen das Eigenthum erwirbt, L. 80. L. 81. §. 6, vergl. mit L. 44. §. 1 D. de legat. I., und nur dann, wenn er das Legat ausschlägt, so angesehen wird, als ob er das Eigenthum nie erworben hätte. In einer Stelle des Justinianischen Rechts, L. 13. §. 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2, könnte man zwar eine Billigung der Proculejanischen Ansicht finden, indem sie dem Legatar die legis Aquiliae actio wegen des ihm vermachten Sclaven, wenn er das Legat erst nach geschehener Tödtung desselben annimmt, abspricht; aber nach der Lesart der Haloandrischen und Vulgatausgaben ergibt diese Stelle geradezu das entgegengesetzte Resultat, und diese Lesart ist eben deswegen vorzuziehen, umsomehr, da auf die Autorität des Julian Bezug genommen wird, welcher entschieden der Sabinianischen Ansicht huldigte, und da auch in einer anderen Stelle klar angedeutet wird, daß wegen der nach Antretung der Erbschaft geschehenen Tödtung dem Legatar die actio legis Aquiliae gegen den Erben selbst, wie gegen einen Dritten, zustehe. L. 7. §. 5 D. de dolo malo 4, 3.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 324 f.

Legatum sub modo, s. legatum dotis constituendae c. 1.

Legatum einer universitas rerum.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 28.
v. Vangerow, Pand. §. 553.

I.

Streitig ist, ob unter dem Legat der Mobilien auch das baare Geld begriffen sei*).

Einige bejahen dies und verstehen unter Mobilien alle körperlichen Sachen, und somit auch die Baarschaften.

Voet, Comment. ad P. lib. 30. §. 18.

Andere geben dies nur zu, wenn der Testator sagte: mein Mobiliarvermögen.

Gottschalk, sel. disc. for. T. 1. c. 1.
Curtius, Handb. des in Kursachsen geltenden Civilr. Th. 2. §. 772.

Die in der Note aufgeführten Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen seien, da sie auf den deutschen Sprachgebrauch basirt seien, auch da von Bedeutung, wo sie nicht unmittelbar Gesetzeskraft hätten.

Glück, Pand. Bd. 2. S. 520.
Hartitzsch, Entsch. prakt. Rechtsfr. Nr. 247.

Präjudiz 1.

In den Rechtssprüchen der Halleschen Juristenfacultät, vergl. Klein, Annalen Bd. 1. S. 235.

wurde angenommen, unter vermachten Mobilien sei nur das, was unter dem Namen Hausrath und Möbeln zum bequemen Gebrauch und zur Auszierung der Wohnung und zum Bedürfniß der Hauswirthschaft bestimmt zu werden pflegt, begriffen, davon aber Baarschaften, Juwelen, Kostbarkeiten, Silberwerk, Medaillen und Geschmeide, Kleidungsstücke, Putz, Weißzeug und alle verbrauchbaren, besonders alle unkörperlichen Sachen und Moventien ausgeschlossen. Vergl. auch L. 4 D. de suppell. leg.

Böhmer, auserl. Rechtsf. Bd. 3. Abth. 2. S. 529.
Stryk, usus mod. lib. 33. tit. 10. §. 1.

*) Das preußische Landrecht Th. 1. Tit. 2. §. 10 u. 11 unterscheidet baares Vermögen und Mobiliar- oder bewegliches Vermögen, unter welchem letzteren es alle beweglichen Sachen begreift, insofern sie nicht als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache gehören ꝛc.

Das österreichische Gesetzbuch §. 674 sagt: „unter Mobilien werden nur die zum anständigen Gebrauch der Wohnung, unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden.“

M

Malae fidei possessor bei der hereditatis petitio, s. hereditatis petitio c. 5. 6. 7. 8. 9.

Mandatare, können sie eine Erbschaft antreten? s. Erwerb des Erbrechts c. 1. 2.

— — können sie ein Testament überreichen? s. öffentliches Testament c. 2.

Manifestationseid.

Glück, Pand. Bd. 11. S. 35.

Rödiger, Versuch einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Manifestationseid (1831).

I.

Ueber die Frage, wenn der Manifestationseid gefordert werden kann, siehe das beigefügte Erkenntniß des OG. zu Wolfenbüttel.

Präjudiz 1.

. . . In Erwägung, daß die Imploratin nach ihren eigenen Zugeständnissen bis zum Tode der weiland A. von Voigts Gesellschafterin der Letzteren gewesen ist und den Haushalt derselben geführt hat, auch hinterher ihren Aufenthalt in der Wohnung der Verstorbenen fortgesetzt hat;

daß, wie hieraus folgt, der Nachlaß ganz oder theilweise für die Imploratin zugänglich war und von ihr, der constanten Praxis gemäß, schon aus diesem Grunde die Ableistung des Manifestationseides nicht abgelehnt werden kann,

Glück, Pand. Bd. 11. S. 35.

Weiske, Rechtslexikon Bd. 3. S. 664.

daß ferner die Imploratin der von ihr eingenommenen Stellung und dem verwandtschaftlichen Verhältnisse zu der Verstorbenen entsprechend, den Nachlaß als ihrer Obhut wenigstens mit anvertraut betrachtet und demgemäß gehandelt hat, wie dies auch die Verhandlungen vor H. St. G. vom 2. Juli 1851 und in der Vernehmlassung ergeben; daß sie aber, mochte sie sich immerhin der Bewachung nicht ausschließlich, sondern in Gemeinschaft mit Andern unterziehen, ohne Zweifel zur eidlichen Manifestation der auch in ihrer Obhut befindlich gewesenen Nachlaßgegenstände verpflichtet erscheint;

daß diese Verpflichtung deshalb, weil der eigentliche Verschluß nicht der Imploratin allein überlassen blieb, oder zunächst nicht von ihr besorgt wurde, keineswegs beseitigt wird, indem sich der Imploratin dessen ungeachtet zu einer Einwirkung auf den Nachlaß, respective die dazu gehörigen Gegenstände, mannichfache Gelegenheit bieten mußte, die Beschwerde P. 2 unbegründet sei ꝛc.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 28. Sept. 1853, in S. Hinüber c. Pabst.

In gleicher Weise erkannte das Kreisgericht zu Braunschweig am 1. März 1854 in S. Heine c. Heine.

Präjudiz 2.

Der Müller H. hatte seinen Sohn und seine zwei Töchter auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt und verordnet:

1) Der Nachlaß solle nicht eher unter den drei Erben getheilt werden, als bis die jüngste Tochter zur Volljährigkeit gelangt sein würde.

2) Die zum Nachlaß gehörige Mühle solle der Sohn bei der Theilung des Nachlasses zu 1500 Rthlr. auf seinen Erbtheil übernehmen dürfen.

3) Den gesammten beweglichen und unbeweglichen Nachlaß sollte die Ehefrau bis zu dem für die Theilung bestimmten Zeitpunkt für Rechnung der Erbschaftsmasse verwalten.

Nach dieser letzten Bestimmung übernahm die Wittwe, welche zugleich zur Vormünderin für die Kinder bestellt und beeidigt worden, die Verwaltung des gesammten Nachlasses, namentlich den Betrieb der Mühle. Der Sohn war ihr darin bis zur Beendigung der Verwaltung behülflich, während die beiden Töchter inzwischen sich verheiratheten. Im Jahre 1843 gelangte die jüngste Tochter zur Volljährigkeit, und es erfolgte dann im Mai 1844 die Theilung des Vermögens, nachdem zuvor zum Zweck derselben ein Inventar auf gehörige Weise, unter Zuziehung sämmtlicher Interessenten aufgenommen war. Dabei wurde der Mutter die Ablegung einer Schlußrechnung über die vormundschaftliche Verwaltung ausdrücklich erlassen. Einige Zeit nach der Theilung wurde von dem Sohne eine Forderung von etwa 70 Rthlrn. eingezogen, welche im Inventar nicht mit aufgeführt und bei der Theilung nicht berücksichtigt war. Die Schwestern erfuhren dieses, und in Folge des dadurch bei ihnen hervorgerufenen Mißtrauens traten sie gegen ihren Bruder und ihre Mutter im Jahre 1845 mit einem Antrag hervor, worin sie von Beiden die Ableistung des Manifestationseides verlangten. In erster Instanz wurde diesem Antrage nur hinsichtlich der Mutter, vom Gerichte zweiter Instanz hinsichtlich beider Imploraten entsprochen. In Betreff der Mutter war in den Motiven des ersten Urtheils bemerkt:

„Wenngleich Imploratin als Vormünderin den vorgeschriebenen Eid geleistet habe und von derselben auch ein Inventar errichtet sei, und es darnach scheinen könnte, daß sie zur Ableistung des Manifestationseides nicht verpflichtet sei, so gehe doch daraus, daß die späterhin vom Sohn eingeklagte Forderung im Inventar nicht mit aufgeführt sei, die Unvollständigkeit desselben hervor, und könne daher die Imploratin von der Ableistung des Eides nicht freigesprochen werden."

Auch dem Sohne wurde im zweitrichterlichen Urtheile die Ableistung des Manifestationseides aufgelegt, in Erwägung:

„Daß er nicht allein Miterbe seines Vaters war, sondern auch von dessen Todestage an in der ihm bei der Erbtheilung zugefallenen Mühle sich aufhielt, mithin über die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände zum Nachtheile seiner Miterben disponiren konnte."

Der oberste Gerichtshof sprach darauf beide Beklagte von der Leistung des Manifestationseides frei.

Gründe:

„Eine Verbindlichkeit zur eidlichen Manifestation in dem Umfange, wie solche in den vorigen Instanzen anerkannt ist, läßt rechtlich sich nicht begründen, auch liegt keiner der speciellen Fälle vor, in welchen die analoge Anwendung der C. 22. §. 10 de jure delib. und Nov. 1. cap. 2. §. 1 nach Landesgesetzen und Herkommen sich rechtfertigt; keinenfalls findet aber eine Klage auf Ableistung des Manifestationseides statt, wenn, wie hier, die Hauptverbindlichkeit zur Herausgabe oder Theilung des verwalteten Vermögens bereits ihre Erledignng gefunden hat."

Erk. des OAG. zu Celle. Juristische Zeitung für Hannover. 22ster Jahrgang. Hft. 3. S. 71—72.

Mehrfache Verwandtschaft, s. Intestaterbfolge, mehrfache Verwandtschaft.

Militairstandsgelder, deren Collation, s. Collationspflicht c. 20.

Militia, was es sei? s. Pflichttheil B. c. 3.

— — deren Einrechn. auf d. Pflichttheil B. c. 3.

Mimi, s. Enterbungsursachen c. 16. 17.

Minderjährige, können sie Erbverträge schließen? s. Erbverträge c. 3.

— — können sie die Erbschaft antreten? s. Erwerb des Erbrechts c. 3.

Missio in bona *).

Leist, bon. posses. Bd. 2. S. 263 ff. u. 421 ff.
Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 59 ff.
Ders. im civil. Archiv Bd. 5. S. 116.
Fabricius, Urspr. u. Entwickel. der bonor. poss. S. 165 ff.
Sintenis, Civilr. §. 194.

*) Die drei missiones in bona, als *a*) missio ventris nomine, *b*) die bonor. possessio ex Carboniano edicto, *c*) missio in possessionem furiosi nomine, haben mit dem interdictum quorum bonorum und mit dem remedium ex leg. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo zwar das gemein, daß in ihnen kein festes Rechtsverhältniß anerkannt und hergestellt, sondern nur eine interimistische Einweisung in den Erbschaftsbesitz erlangt wird. Dagegen sind sie weder unter sich, noch mit dem interd. quorum bonorum und der missio Hadriana gleichartig, vielmehr ist jede von ihnen aus der Eigenthümlichkeit ihrer besonderen Voraussetzungen und singulären Gründe zu erklären; nur ist ihnen, im Gegensatz zu den beiden andern, wieder das gemein, daß sie nicht, wie diese, bloß corpora hereditaria, sondern die hereditas als Ganzes betreffen. Sie sind zur Zeit der classischen Jurisprudenz als Nebeninstitute der bon. poss., jedoch nur im äußern Zusammenhange damit, und übrigens selbständig entstanden. Was sie früher mit der bonor. possess. gemein hatten, die förmliche agnitio, d. h. die Erbittung der Einsetzung, konnte ihnen um ihrer Eigenthümlichkeiten willen niemals abgestreift werden. Bei ihnen ist keine wahre Erbantretung möglich, daher konnte auch nicht pro herede gestio oder aditio an die Stelle der agnitio treten. So sind sie denn auch im Justinianischen Rechte im Wesentlichen unverändert stehen geblieben, und nach Deutschland herübergekommen; sie erfordern nach wie vor eine richterliche Entscheidung über die concreten Voraussetzungen; nur die prätorischen Fristen sind weggefallen. Ein Zweifel an ihrer praktischen Anwendbarkeit hat niemals bestanden.

Sintenis, Civilr. §. 194. Not. 1.

Missio Carboniana.

Förster, de bonor. possess. liberor. praeteritor. contra tabb. parent. p. 202—241.
Rudorff in Savigny's Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 9. S. 42—47.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 300.

I.

Streitig ist, ob das Edictum Carbonianum eine bloße Mission oder eine wahre bonorum possessio sei.

Einige meinen, sie sei eine bloße in bona missio, aus folgenden Gründen: a) Derjenige, welcher die Einweisung in Folge des carbonianischen Edicts erhalte, müsse zugleich die ordinaria bonor. possessio agnosciren, L. 3. §. 5 D. 37, 10. Eine solche doppelte Erwerbung würde aber überflüssig, ja sogar unmöglich sein, wenn die bonor. poss. Carboniana eine wahre bonor. possessio wäre. b) Durch die Agnition der bon. poss. Carbon. werde der Hintermann desjenigen, welcher dieselbe agnoscirt habe, keineswegs gehindert, die ordinaria bonor. possessio zu agnosciren. L. 7. §. 8 D. 37, 10.

Löhr in Grolmann's Magaz. Th. 3. S. 451 ff.
Förster, de bon. posses. p. 215.
Hugo, Gesch. des Röm. R. (Ausg. 11) S. 697.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 304.

Andere meinen, daß Edict. Carbon. sei eine wahre bon. possessio; dieß sei nach den Ausdrücken der L. 1 pr. d. Carb. Ed. 37, 10 nicht zu bezweifeln und dafür spreche auch noch, daß die röm. Juristen den Namen bon. possessio dafür regelmäßig angeben. cf. L. 1. §. 8. 9. 10. L. 3. §. 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15. 16. L. 4. L. 7. §. 4. 6 und 8. L. 14. L. 15 D. de Carb. Ed. 37, 10. Ferner, daß die allgemeinen Fristen für Nachsuchung der bon. poss. ohne Weiteres auch auf diese Carbon. possessio bezogen werden, L. 3. §. 14 eod., und daß der, welcher sie agnoscirt habe, perpetuo possessoris actionibus utitur (L. 4 eod., vergl. auch L. 15 eod.).

Fabricius, bonor. poss. p. 168.
v. Vangerow, Pand. §. 512.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 173.

Vergl.

Huschke in Richter's Jahrb. 1839. I. S. 28—32.
Sintenis, Civilr. §. 194. Not. 19.

II.

Streitig ist, wie lange dem missus der Besitz der Erbschaft zu gestatten sei.

Einige meinen, nur dem unmündigen Kinde, und zwar bis zur erreichten Mündigkeit, werde die Immission in die Erbschaft ertheilt.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 520.

Der Streit werde also bis zu den Jahren der Mündigkeit ausgesetzt, und die bonor. possessio dauere bis zur endlichen Entscheidung über die Kindschaft.

Schweppe, röm. P.-R. §. 844.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 300.
Thibaut, System §. 972.

Andere meinen, der in den Gesetzen angegebene Zeitpunkt der Pubertät müsse nach heutigem Recht auf die Volljährigkeit übertragen werden. Allerdings könne durch solche größere Verzögerung der Gegner in eine nachtheiligere Lage gerathen; mit dem Zwecke müsse man aber auch das unerläßliche Mittel wollen. Solle also die Frage über die Aechtheit des Kindes bis dahin ausgesetzt bleiben, wo es selbständig den Proceß führen könne, so müsse man auch dafür den gedachten weitern Zeitpunkt annehmen, nachdem der der Pubertät für die Handlungsfähigkeit jetzt nicht mehr maßgebend sei.

Sintenis, Civilr. §. 194. Not. 19. S. 607.

III.

Streitig ist, in wie weit das Edict. Carbonian. heutzutage noch praktisch sei.

Die Meisten stellen die Voraussetzungen und Wirkungen des carbonianischen Edicts, so wie solche im röm. Rechte aufgeführt werden, als gültige Rechtssätze auf, ohne die Frage, wie weit solche heutzutage noch praktisch seien, irgend zu berühren.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 300 ff.
v. Vangerow, Pand. §. 512.
Schweppe, röm. P.-R. §. 844.
Thibaut, System §. 972.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 520
und Andere.

Andere meinen, es sei zwar kein Zweifel, daß die bon. poss. Carb. im Ganzen noch vollkommen praktisch sei; es kämen jedoch folgende Punkte in Erwägung:

a) Die wesentliche Verschiedenheit, wonach von einer successio ex jure praetorio und einem Erbantritte hier gar nicht die Rede sei, charakterisire diese bon. poss. als ein Besitzmittel von einer nach wie vor eigenthümlichen Art. Nur sei mit der Agnitionsform auch namentlich die einjährige Frist für die desfallsige Besitzklage weggefallen. Daneben sei dem Unmündigen, resp. seinem Vormunde unbenommen, die Erbschaft selbst auch noch eventuell anzutreten, um sie für den Fall des früheren Ablebens des Unmündigen seinen Erben zu sichern; ja es liege in dem Gebrauche dieses Rechtsmittels regelmäßig eine stillschweigende, eventuelle Erbschaftsantretung.

b) Der Zeitpunkt der pubertas werde nach heutigem Recht auf die Volljährigkeit übertragen.

c) Wenn der Unmündige im Besitz der Erbschaft sei, so werde die Berufung auf das Ed. Carb. meist den Charakter einer verzögerlichen oder proceßhindernden Einrede annehmen; die darin enthaltenen Begünstigungen beständen darin, daß auf Verlangen der Proceß über die Hauptfrage sistirt und die Verhandlung vorläufig auf den Antrag des Schutzes im Besitz der Erbschaft unter den übrigen Voraussetzungen beschränkt werden müsse. Doch werde dieses Schutzmittel nicht an die Proceßfristen und Stadien der Einreden gebunden sein, sondern auch noch später als Incidentpunkt angebracht werden dürfen.

d) Wenn der Unmündige in dem Falle sei, als Kläger auftreten zu müssen, so könne zwar die etwa nothwendige Verabreichung von Alimenten noch Gegenstand eines besonderen Provisorii werden, aber überhaupt sei diese Klage in beschleunigter Form, also im summarischen Processe, zu entscheiden. Dafür seien die schon im röm. Rechte vorausgesetzte Procedur und die dabei stattfindenden Grundsätze soweit maßgebend, als danach nicht voller Beweis, sondern nur Bescheinigung der Voraussetzungen des Erbrechts erfordert werde, während für die Frage, ob die vom Verklagten herauszugebenden Objecte auch res hereditariae seien, allerdings voller Beweis erfordert werden müsse, indem die Begünstigung nicht soweit reichen könne, daß unvollständiger Beweis genüge.

e) Die Frage über die Herausgabe des Nachlasses und seinen Umfang sei im Allgemeinen nach Analogie der hered. petitio zu beantworten. Dagegen werde, wegen der nur provisorischen Natur des Rechtsmittels, auf die Umstände des Einzelfalls soweit Rücksicht genommen werden müssen, als bei sonstiger Sicherheit, der verklagte Besitzer, welcher provisorisch herauszugeben habe, nicht durch die reine Begünstigung des Unmündigen offenbaren Verlegenheiten und Verlusten preisgegeben werden dürfe. Dies könnte z. B. leicht geschehen, wenn die Herausgabe der Früchte provisorisch in demselben Umfange zu leisten wäre, wie nach schon vollendeter hered. petit. Zwar werde der Besitzer hier immer als bon. fid. possessor anzusehen, und damit allerdings der erheblicheren Belästigungen überhoben sein; dennoch könnte die strenge Anwendung des Maßstabes von dem locupletior factus esse hier große, mit unersetzbaren Nachtheilen verknüpfte Störungen in den Vermögensverhältnissen des Besitzers veranlassen, denen man ihn, bei der Möglichkeit seines Obsieges in der hered. petitio, ohne dabei auf Ersatz dafür sicher rechnen zu können, schlechthin nicht aussetzen dürfe.

Sintenis, Civilr. §. 194. Not. 19.

Missio in bona furiosi nomine.

Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 59.
Ders. im civil. Archiv Bd. 5. S. 116.
Fabricius, Urspr. u. Entwickl. der bonor. poss. S. 165.
Förster, de bonor. poss. liber. praeteritor. contra tabb. par. p. 242 ff.

I.

Streitig ist, ob diese bonor. poss. eine decretalis sei.

Einige meinen, diese Frage sei zu bejahen, denn die Erbittung habe im Namen des furiosus geschehen müssen, und dann sei ein Decret des Prätors nothwendig gewesen. L. 7. §. 3 C. 5, 70. L. 2. §. 11 D. ad SC. Tertull. 38, 17.

Koch, bonor. poss. p. 93.
Fabricius, von der bon. poss. S. 166.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 30. Nr. 1.

Andere meinen, diese Erbittung habe das Eigenthümliche gehabt, daß man sich den Wahnsinnigen gleichsam als eigenen Erbitter dachte, und das Decret nur als ein Mittel ansah, um ihm den Erwerb der bonor. possess. möglich zu machen, L. 2. §. 11 D. 38, 17:

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 305.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 519.
Schweppe, röm. P.-R. §. 845, vergl. § 842. Not. 2. S. 167.

und in der L. ult. C. de curator. furiosi 5, 70 habe Justinian dieser bonor. poss. nur die Wirkung einer missio in bona beigelegt, wobei ein Decret nicht erforderlich sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 450 ff.
Fritz in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 4. S. 181.
Löhr, daselbst S. 252
Leist, bonor. poss. Bd. 2. Abth. 2. S. 320.

Vergl.

Gropp in s. u. Hofer's jurist. Abh. Bd. 2. S. 170.
Löhr in s. Magazin II. S. 437. IV. S. 420.

II.

Ueber die Frage, ob die Erbschaft, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn verstirbt, an die Intestaterben des Erblassers, oder an die ausgeschlossen gewesenen Miterben falle, s. „Erwerb der Erbschaft" c. 7.

III.

Ueber die Frage, ob dem Wahnsinnigen auch die Erbschaft der Mutter, ingleichen dem vor dem Tode seines Vaters sui juris gewordenen Wahnsinnigen ipso jure zufalle, s. „Erwerb der Erbschaft" c. 5 u. 8.

IV.

Ueber die Frage, ob die bonor. poss. dadurch in ein unwiderrufliches Erbrecht verwandelt werde, daß der furiosus, nachdem er gesund geworden ist, von dem Geschehenen Kunde erhält, und dann, ohne sich erklärt zu haben, stirbt, s. „Erwerb der Erbschaft" c. 9.

Missio in rem, bei verweigerter cautio legatorum servand. causs., s. cautio legator. serv. c. 1 u. 2.

Missio ventris nomine.

I.

Streitig ist, ob diese missio ventr. nom. eine bonor. possessio decretalis sei.

Einige bejahen dies wegen L. 1. §. 1 D. 25, 6.

Retes in advers. scholast. Cap. 35 3.
Koch, bon. poss. § 4 — 7.
Höpfner, Institut. §. 656.

Andere meinen, bei jener Ansicht sei übersehen, theils daß der Ausdruck bonorum possessio auch in weiterer Bedeutung gebraucht werde, theils daß gegen jene Ansicht die L. 1. D. 42, 4 und L. 4. §. 1 D. 1, 21 entscheidend seien, und daß somit die missio in bona und die bonor. possessio im engern Sinne nicht allein dem Namen, sondern auch ihrer Wirkung nach von einander verschieden sei.

Löhr in Grolmann's Magazin Bd. 3. S. 217 ff.
Fabricius, Urspr. u. Entwickel. der bon. possess. S. 172.

Vergl.

Leist, bon. poss. Bd. II. p. 90.
Bachofen, röm. Pfdr. Bd. 1. S. 336.

II.

Streitig ist, welche Klage auf Ersatz der aus der Erbschaft entnommenen Alimente stattfinde, wenn die Frau sich arglistig für schwanger ausgab, ohne es zu sein.

Einige meinen, sie könne nicht nur auf Ersatz der aus der Erbschaft entnommenen Alimente, sondern auch auf Ersatz des Interesses von Jedem, der durch die Mission in Nachtheil gebracht worden, belangt werden. Die Klage sei eine Pönalklage, welche innerhalb eines annus utilis gegeben sei, und sogar gegen den Vater der Frau angestellt werden könne, wenn durch seine Vermittelung der Letzteren die Mission ertheilt sei. L. 1. §. 3 und 5 D. 25, 6.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 2. S. 297.

Andere meinen, die Klage sei eine condictio sine causa; die actio in factum poenalis, deren in L. 1. §. 1. D. 25, 6 gedacht sei, könne heut zu Tage im Betrage des Objects nur mit jener zusammenfallen.

Sintenis, Civilr. §. 194. Not. 18.

Vergl.

Unterholzner, Schuldverh. Bd. 2. S. 750 ff.

III.

Streitig ist, welche Förmlichkeiten des Edicts L. 1. §. 11—15 D. de inspiciendo ventre 25, 4 bei Untersuchung der Schwangerschaft einer Wittwe heutzutage zu beobachten sind.

Einige meinen, daß die Wittwe, welche sich für schwanger halte, denen, welche bei der zu hoffenden Erbfolge interessirt seien, ihre Schwangerschaft anzeigen müsse, sei heutzutage nicht nothwendig; denn diese Anzeige sei der Wittwe nur nützlich, um allen Verdacht der Unterschiebung des Kindes zu entfernen, und um sich den Beweis der Geburt zu erleichteren; in dieser Hinsicht hätten die Gesetze der Wittwe nur Rath ertheilt, nicht aber Vorschriften gegeben.

Leyser, sp. 326. med. 2 u. 3.

Andere meinen, das Gegentheil ergebe sich aus den Worten des Edicts und der mit Vernachlässigung der Vorschrift desselben verknüpften Strafe. Es präjudicire die Wittwe durch die unterlassene Anzeige zwar nicht dem Kinde, wohl aber sich selbst in Rücksicht auf die bonorum possessio. Wenn nun auch heutzutage die in dem Edicte vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht alle mehr beobachtet würden, so geschehe doch die Untersuchung der Schwangerschaft mit noch mehr Vorsicht, als bei den Römern; denn die Untersuchung werde nicht allein den Hebammen überlassen, sondern geschehe unter Leitung eines gerichtlichen Arztes, oder werde wenigstens einem geübten Geburtshelfer anvertraut. Sodann sei die Art der Besichtigung, wie sie im röm. Rechte bei aller Förmlichkeit vorgeschrieben sei, dennoch unvollkommen, weil nach dem Edict den Hebammen nicht erlaubt sei, den Leib der Frau bei der Besichtigung wider ihren Willen zu berühren.

Berger, oecon. jur. lib. 1. tit. 3. th. 15. not. 16.
Henke, Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 43.
Mende, Handb. der gerichtl. Medicin Th. 2. §. 99.
Glück, Pand. Bd. 28. S. 320.

Mobiliarvermögen, Unterschied von „Mobilien" oder Meubles, s. Auslegung letztwilliger Verordn. c. 1. Pr. 9.

Modus.

Meister, diss. de eo, quod inter conditionem resol. et modum interest. 1768.
Glück, Erläuter. der Pand. Bd. 4. S. 460 ff.
Wächter, doctrina de condictione causa data c. non sec. (1822) cap. 4. p. 88 ff.
v. Savigny, System Bd. 3. S. 226 ff.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 7. S. 223 ff.

I.

Streitig ist, was modus eigentlich sei.

Einige meinen, modus (Zweckbestimmung) werde genannt, wenn dem Empfänger einer Sache, in Beziehung auf die Anwendung des Empfangenen, affirmativ oder negativ Pflichten auferlegt würden.

Thibaut, System §. 102, vergl. mit §. 957.
Mackeldey, Lehrb. §. 653.

Andere meinen, modus könne man jede mit der Begründung eines Rechts verbundene Einschränkung nennen, welche nicht nach den Regeln über Bedingungen und Zeitbestimmungen zu beurtheilen sei. L. 17. §. 4 D. 35, 1. L. 2. C. 6, 45. Der Unterschied zwischen einem modificirten und bedingten Legat sei, daß bei jenem die Liberalität des Erblassers durch eine dem Legatar gemachte Auflage beschränkt sei, indem er vom Legatar irgend eine Gegenleistung für das ihm verschaffte Legat fordere, dagegen durch eine Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses, möge dieses auf äußern Umständen oder auf dem Willen

des Legatars selbst beruhen, abhängig gemacht werde, mithin modus und conditio potestativa darin übereinkommen, daß eine Handlung des Legatars den Gegenstand der Nebenbestimmung ausmache, darin aber von einander abweichen, daß durch den modus der Legatar zu dieser Handlung verpflichtet, bei der Bedingung aber diese Handlung als etwas noch Ungewisses vorausgesetzt werde, L. 41 pr. D. 18, 1. Das Kriterium sei demnach immer der ausgedrückte Wille des Erblassers, daß der Legatar eine gewisse Handlung vornehme, und die hieraus entstehende Verpflichtung des Legatars zu derselben; dagegen bei Bedingungen das bedingende Ereigniß selbst als etwas Geschehenes vorausgesetzt werde, daher im gesetzlichen Ausdrucke stets das praeteritum: fuerit, dederit, nupserit, gebraucht werde.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 111.
Linde in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 265.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 197.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1. S. 27.
Schweppe, röm. P.-R. §. 121.

Andere fassen den Begriff so: Es sei unter modus zu verstehen: die Modification eines seinem Wesen und seiner Natur nach sonst rein unentgeltlichen Geschäfts, wodurch dieses eine gewisse Natur annehme.

Sintenis, Civilr. §. 21. Not. 19.
Wächter, doctr. de cond. c. d. c. n. s. p. 90.

Andere definiren den modus so: im juristischen Sinne verstehe man unter modus eine Nebenbestimmung des Geschäfts, welche entweder den Zweck festsetze, wozu der Gegenstand des Geschäfts verwendet werden solle, oder sonst eine Auflage, eine Beschränkung für den enthalte, welcher aus dem Geschäft ein Recht erwerbe oder erwerben solle.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 7. S. 224.
Schilling, Instit. Bd. 2. S. 278.

II.

Streitig ist, ob mit der Erbeseinsetzung ein modus verbunden werden könne.

Einige verneinen dies und nehmen an, die Hinzufügung eines modus könne zwar bei Vermächtnißbestimmungen, nicht aber bei Erbeseinsetzungen die gewöhnlichen Wirkungen haben. Dies gehe aus L. 88 in f. de hered. instit. hervor, — non potest — ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse. Dagegen könne ein modus cum mulcta auch bei Erbeseinsetzungen giltig angewendet werden.

Mühlenbruch, Lehrb. Bd. 3. §. 653. Not. 1.
Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 408 ff.

Andere meinen, auch bei Erbeseinsetzungen sei die Hinzufügung des modus allgemein zulässig, und wenn einem Erben ein modus zu erfüllen aufgegeben worden, so könnten, wenn er Miterben habe, diese, und zwar mittelst der Erbtheilungsklage, wo nicht, die Obrigkeit ihn zur Erfüllung nöthigen. Es folge dies aus L. 7. de annuis leg. L. 50. §. 1 de hered. pet. Wenn die Gegner sich auf L. 88 cit. bezögen, so stehe dem entgegen, daß ja gar nicht behauptet werde, der, welcher Erbe geworden, höre auf es zu sein, wenn er den modus nicht erfülle; und wenn ferner hinzugesetzt werde, ein modus cum mulcta könne bei Erbeseinsetzungen zugefügt werden, so sei nicht einzusehen, was hier die letztere ändern könne. In der L. 8. §. 6 C. de cond. inst. solle sogar die unzulässige conditio jurisjurandi bei Erbeseinsetzungen in der Gestalt eines modus aufrecht erhalten werden.

Sintenis, Civilr. §. 21. Not. 24.
Savigny, System Bd. 3. S. 185 ff.

N

Nießbrauch, als Erbtheil, s. Erbeseinsetzung c. 5.
— — Erbfolge in das peculium adventitium, s. Intestaterbfolge, zweite Klasse c. 15. 16.
— — Folge der Entziehung des väterlichen Nießbrauchs an den Adventitien, welche als Pflichttheil nachgelassen sind, s. Pflichttheil B. c. 8.
— — vermachter, s. Legat dinglicher, das Eigenthum beschränkender Sachen c. 1. 2. 3.
— — vermachter, Ermittelung der quarta Falcidia, s. Quarta Falcidia c. 15. 16 bis 20.

Notherbe, dessen Einsetzung unter einer Bedingung, jedoch zu seinem Besten, s. exheredatio bona mente c. 7.
— — dessen Verletzung in Erbverträgen, s. Erbvertrag c. 9.
— — Wahl zur Anstellung der Querel oder der actio suppletoria, s. actio ad supplend. legit. c. 5.

Notherbenrecht des Enkels in das großväterliche Vermögen, bei Erbverzichten seines Vaters, s. Erbverzichte c. 6.

Notherbenrecht bei Pupillarsubstitutionen, s. substitutio pupillaris c. 6.
— — nach Nov. 115.

A. Systeme.

Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen letzten Willen.
Francke, das Recht der Notherben.
Glück, Pand. Bd. 6. S. 560 ff. Bd. 7. S. 1—490. Bd. 35. S. 76—119.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 119 ff. Bd. 36. Bd. 37. Bd. 38. S. 1—117.
Möller, die Lehre vom Pflichttheil.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 467 ff.
Boof, Lehre von der Enterbung.
Sintenis, Civilr. §. 195—200.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 884—902. Bd. 8. S. 79—170.
Valett, das Recht der nothwendigen testam. Berücksichtigung gewisser Verwandten.

Ueber die verschiedenen Systeme*) im Notherbenrechte lassen sich folg. tabellar. Zusammenstellungen aufstellen.

Nach Mühlenbruch in Glück's Pand. Band 37. §. 1425 c bestehen folgende Systeme:

I. Ausschließungs-, vollständiges Derogations-, Reformsystem.

Hiernach hat die Nov. das frühere Notherbenrecht, den Wirkungen nach, in sich aufgenommen und in ein neues umgestaltet.

Folgen davon:

1) Es gibt keine Nullität mehr wegen Präterition des Haussohnes;
2) es gibt keine honor. poss. contr. tabb. und
3) keine querela inoff. test. im Sinne des röm. Rechts.

Die Wirkungen sind stets die in der Nov. bestimmten.

Rücksichtlich der Rechtsmittel bestehen 3 Systeme:

1) Das Nullitätssystem.

Hiernach hat also die Nov 115 die früheren Rechtsmittel völlig aufgehoben, und die Wirkungen sind die nämlichen, gleichviel ob der Notherbe präterirt oder ohne Grund enterbt ist. Die Klage ist die heredit. petitio ab intest. ex causa nullitatis.

Anhänger sind
die Glossatoren Irnerius und Martinus Gosia,
die Scholiasten Baldus de Ubaldis und Ballionus de Nobilibus,
und folgende Rechtslehrer:
Sam. Stryk, Usus modernus P. lib. 5. tit. 2. §. 7 et 8 und in den Cautel. testam. Cap. 19. §. 47.
Leyser, sp. 361. m. 18. verglichen mit sp. 361. m. 7.
Schmidt, de querela inoff. test.
Weber zu Höpfner §. 525. Not. 2.
Bucher, System der Pand. §. 451.
Blume, Grundriß des P.-R. Vorrede S. 36.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 776.
Hunger, das röm. Erbrecht §. 69.
Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. §. 170.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 298 ff.
Bluntschli, Erbf. geg. d. letzt. Willen §. 26.
Francke, Notherbenrecht S. 336 ff.
Gans, Scholien zu Gajus S. 294 ff.

2) Das Inofficiositätssystem,

wonach also das Testament durch die querela inoff. test. rescindirt wird.

Anhänger sind
Fr. Duarenus, de injust. rupt. et irr. f. test. Cap. 2. p. 366.
H. Donellus ad Auth.: non licet et ex causa Cod. de lib. praet. und in dem Comm. jur. civ. lib. VI. cap. 13 u. 14.
Oswald Hilliger, Donell. enucl. lib. V. cap. 13.

3) Das gemischte od. Mittelsystem,

wonach also zwar Nullität nach der Nov. 115 eintritt, allein im Fall der Präterition des emancipatus, sowie wenn ein postumus irrthümlich übergangen ist, die alten Rechtsmittel eintreten. Vermächtnisse können nicht gefordert werden.

Im Fall ein Notherbe nach Vorschrift der Nov. 115 ausgeschlossen ist, kann er die querela inoff. test. anstellen, und diese hat im Falle seines Obsiegs die Wirkung, daß alle testamentarischen Nebenbestimmungen wegfallen.

Anhänger sind
die Glossatoren Wilh. de Cambriano und Martinus Gosia.
Ferner:
Fr. Hotmanus, observ. et emendat. jur. civ. lib. VII. c. 9.
Bennemann, Comm. ad Auth. „Ex causa“ Cod. de liber. praeter.

*) Specieller in diese Systeme einzugehen, gestattet der Zweck dieses Werkes nicht, da die allein hierüber erschienenen Werke den Raum einer mäßigen Bibliothek ausfüllen.

II. Enterbungs-, Correctiones-, Additionalsystem.

Hiernach besteht die alte Nullität wegen Präterition des Haussohns, und die bonor. poss. contr. tabb. noch fort.

Rücksichtlich der Rechtsmittel bestehen 3 Systeme:

1) Das Nullitätssystem.

Die querela inoff. test. für Descendenten und Ascendenten besteht nicht mehr, sondern statt dessen

a) die querela nullitatis ex jure antiquo. Sie setzt absolute Nichtigkeit des Testaments, begründet durch Präterition der sui, voraus;

b) die bonor. poss. contr. tabb. bei Präterition des Emancipirten ic.;

c) die querela nullitatis ex jure novo, welche stattfindet, wenn civilrechtliche oder prätor. Notherben ohne gesetzl. Gründe, oder ohne nachzuweisende Gründe enterbt sind, sowie, wenn erst durch Nov. 115 ihnen förmliches Notherbenrecht gegeben ist.

Anhänger dieser Ansicht sind:

Sartorius, d. bon. poss. quam contra tabb. par. lib. agnosc. Sect. 2. §. 4. p. 91 ff.
Thibaut, System §. 971.
Schweppe, röm. P.-R. §. 973.
Zachariä, Instit. S. 1516.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 499.

2) Das Inofficiositätssystem.

Dieses stimmt mit dem ad II. 1 angegebenen Nullitätssystem überein, läßt aber statt der querela nullitatis ex jure novo eine querela inoff. test. eintreten, wenn nämlich gar kein oder ein unwahrer Enterbungsgrund angeführt ist.

Anhänger sind:

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1692 u. 1701.
Hugo, Lehrb. S. 211.
Mackeldey, Lehrb. §. 661.
Hufeland, Lehrb. §. 1305 — 8.
Walett, Notherbenrecht § 36—38 und § 58.
v. Hortitzsch, Erbrecht §. 127 u. 132.
Roßhirt, Erbrecht S. 403 — 405 und die bei Glück Pand. Bd. 7. S. 336 u. 337 allegirten Schriftsteller.

3) Das gemischte System.

Dies kennt vier Rechtsmittel:

a) die querela nullitatis ex jure antiquo, gleich wie ad II. 1;

b) bonor. possessio c. tabb., gleich wie ad II. 1;

c) querela nullitatis ex jure novo, wenn zwar förmliche Enterbung, aber ohne Anwendung der neuern Form (also ohne gesetzliche Enterbungsgründe) erfolgt ist;

d) querela inoff. testam., wenn eine falsche oder unerweisliche Enterbungsursache angeführt ist.

Anhänger sind:

die Glossatoren Joh. Bassianus, Azo und Accursius.

Ferner:

Höpfner, Institut. §. 525.
Plank, diss. de nexu et habitu inter diversos success. nec. spec. et diff. ex jure novo §. 12 (1806).

Ein anderes System, entnommen aus v. Vangerow's Pand. §. 485, unterscheidet das Nullitäts-, das Inofficiositäts- und das gemischte System.

1) Das Nullitätssystem.

Hiernach sind die Einsetzungen oder das Testament in Ansehung derselben nichtig; die Notherben, als Intestaterben, stellen die gewöhnliche Erbschaftsklage an, gestützt auf die behauptete Nichtigkeit der testamentarischen Einsetzung.

Anhänger sind

Martinus, Glossa ad Nov. 115 c. 3.
Weber zu Höpfner §. 525. Not. 2.
Gans, Scholien zu Gajus S. 295.
Thibaut, System §. 970.
Book, Lehre von der Enterbung §. 28 — 31.
Koch, bonorum poss. p. 148.
Schweppe, röm. P.-R. §. 973.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 498.
Hunger, Erbrecht S. 224. Not. 1.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 114.
Stryk, cautela test. cap. 19. §. 44.
Cocceji, jus controv. tit. de inoff. test. qu. 7.

Die Anhänger dieser Meinung scheiden sich in diejenigen, welche

a) die absolute Nichtigkeit behaupten;

dieselbe, wenn gegen die Vorschrift der Nov. 115 gefehlt ist, bewirkt

A. nach Ansicht Einiger Nichtigkeit der Einsetzung von Anfang an; diese Nichtigkeit bleibt, auch wenn zur Zeit des Todes keine Pflichterben, die nicht eingesetzt oder rechtmäßig enterbt worden, vorhanden sein sollten:

Thibaut, System § 970.
Göschen, Vorles. §. 861.
Heumann in Gießer Zeitschr. Bd. 17. S. 203.
Sintenis, Civilr. §. 198. S. 640.
v. Vangerow, Pand. §. 485.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 346. Not. 15.

B. nach der Ansicht Anderer wird die Möglichkeit einer wirksamen bonor. possessio sec. tabb. vertheidigt,

Brandis in Gießer Zeitschr. Bd. 7. S. 197.

und solche, welche

b) eine relative Nichtigkeit der Erbeinsetzung vertheidigen.

Die Nichtigkeit der Erbeinsetzung soll nämlich die Folge haben, daß die Einsetzung nicht schlechthin von Anfang an ungiltig sei, sondern nur wenn zur Zeit des Todes verletzte Notherben vorhanden sind. Die Klage ist die hered. petit. ab intestato (nach Andern, z. B. Schmidt in der diss. de querela inoff. test. par. et lib., ist es eine condictio ex leg.).

Die Anhänger dieser Ansicht scheiden sich ferner dahin:

A. Einige halten die Erbeseinsetzung nur dann für nichtig, wenn der verletzte Notherbe von seinem Rechte, das Testament anzufechten, Gebrauch macht:

Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen letzt. Willen S. 234.
Francke, Notherbenrecht S. 382.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 113.

B. Andere lassen selbst in jenem Falle nicht für alle Intestaterben, sondern nur für die nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben die Erbfolge eröffnen.

Puchta, Pand. §. 493. Not. i—l; vergl. mit §. 483.

2) Das Inofficiositätssystem.

Man nimmt an, gerade die querela inoff. test. sei das Rechtsmittel, mittelst dessen das Testament, welches den Vorschriften der Nov. 115 nicht entspricht, anzufechten und die Rescission der Erbeinsetzung zu erwirken sei, wobei dann alle im ältern Rechte bestehenden Eigenthümlichkeiten dieser Klage, soweit die Nov. 115 nicht Abweichungen ausdrücklich vorschreibt, beobachtet bleiben sollen.

Anhänger dieser Meinung sind:

Schömann, Handb. des Civilr. I. S. 139.
Mackeldey, Lehrb. §. 660.
Mayer, Erbrecht I. S. 286.
Hugo, Lehrb. S. 211.
Hufeland, Lehrb. §. 1305—1308.
v. Hartitzsch, Einleit. in das Erbr. §. 127 u. 132.
Roßhirt, Erbr. S. 403 ff.
Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. S. 170 und die 23 ältern und neuern bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 236 u. 237. Not. 33—55 aufgeführten Rechtsgelehrten.

3) Das gemischte System.

Entweder ist keine gesetzliche Enterbungsursache angeführt, dann tritt, weil gegen die Form gefehlt ist, Nichtigkeit der Erbeseinsetzung ein; oder es ist ein gesetzlicher Enterbungsgrund angeführt, der Notherbe leugnet aber dessen Wahrheit, so wird die querela inoff. test. angestellt.

Anhänger dieser Meinung sind:

Faber, error. pragm. 14. err. 7.
Schilter, praxis jur. Rom ex. 14. §. 46.
Stryk, usus mod. 5. 2. §. 4.
Berger, oecon. jur. 2. 4. th. 14. not. 2.
Madihn, de success. §. 141.
Haubold, de diff. int. test. null. et inoff. c. 7.
Woltair, obs. jur. fasc. II. obs. 27.
Höpfner, Instit. § 525.
Konopack, Instit. §. 371.
Puchta, Lehrb. §. 486.

B. Wer sind Notherben?

I.

Streitig ist, ob die legitimatio per rescriptum principis den unehelichen Kindern volle Successionsrechte, mithin auch Pflichttheilsrecht, gewähre.

Einige meinen, es sei zwar gewiß (vergl. jedoch Intestaterbfolge, erste Klasse c. 1), daß, wenn gar keine ehelichen Kinder vorhanden seien, die durch Rescript legitimirten Kinder, so gut wie ehelich geborene, succediren. Wenn aber eheliche Kinder vorhanden seien, und zwar schon zur Zeit der Legitimation, so sei das Successionsrecht, nach röm. Rechte, zu leugnen, weil die Legitimation durch Rescript ja nicht anders zulässig sein solle, als wenn keine ehelichen Kinder vorhanden seien, Nov. 74. c. 1. Nov. 89. c. 9.

Glück, Pand. Bd. 2. §. 144. S. 319.
Pufendorf, observ. T. I. obs. 241. §. 6.
Höpfner, Instit. §. 688.

und dergleichen Rescripte keine Verletzung Dritter enthalten dürften, L. 7. C. de prec. imp. offer.

Schmidt, hinterl. Abhandl. Bd. 2. S. 225.

Andere meinen, in einem solchen Falle erlangten zwar die durch Rescript Legitimirten alle Successionsrechte, allein den ehelich Geborenen gebühre zum Voraus der Pflichttheil.

Madihn, diss. de legitime natorum part. legit.

Andere meinen, solcher Vorzug der ehelich geborenen Kinder sei zwar unbegründet, allein es dürften letztere durch solche Vermehrung der Anzahl der Kinder wenigstens an ihrem Pflichttheil keinen Schaden erleiden.

Eichmann, Erklärung des bürgerl. Rechts Th. 3. S. 230.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 597. not. c.

Andere meinen, daß der Legitimation durch Rescript, wenn sie nicht ausdrücklich nur zu dem Zwecke geschehen, um die Makel der unehelichen Geburt zu tilgen, die Wirkungen der legit. per subsequens matrimonium beizulegen seien, daß mithin die legitimirten Kinder auch Notherben seien.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 166.
Koch, succ. ab int. §. 29.
Roßhirt, Erbrecht S. 216.
v. Vangerow, Pand. §. 474. Not. 1.
Francke, Notherbenrecht S. 180.
Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 680.

Vgl. auch Intestaterbfolge, erste Klasse c. 1.

Präjudiz 1.

Der Vater der streitenden Theile, Joh. Andreas Steinhoff, von welchem die beiden resp. im J. 1798 und 1800 geborenen Kläger, bei Lebzeiten seiner ersten Ehefrau, mit deren Mutter, seiner nachherigen zweiten Ehefrau, im Ehebruch erzeugt sind, hat nach dem im J. 1818 erfolgten Ableben der ersteren wiederum die letztere geheirathet; es hatte aber derselbe schon früher im J. 1815 sich mit seiner, damals noch lebenden ersten Ehefrau auf den Altentheil zurückgezogen, und seinen, von der Abtei Gandersheim mit 88 Morgen Landes relevirenden Meier- und Ackerhof nebst sämmtlichem Zubehör, bei dem er auch sonsten noch v. Gadenstedt'sches, jetzt allodificirtes, desgleichen abteilich Gandersheimisches Lehnland cultivirte, an seinen ältesten, jetzt gleichfalls bereits verstorbenen Sohn, dessen Wittwe und Kinder Vormünder die Kläger in Anspruch genommen haben, mittelst des mit selbigem unterm 23. Aug. 1815 abgeschlossenen, gerichtlich confirmirten Hofübergabecontracts, der zugleich die Ehestiftung des ebengedachten Sohnes mit dessen jetziger Wittwe enthält, übergeben und abgetreten, das Lehnland aber, sowohl das allodificirte, als das noch wirkliche, sich neben noch andern Präſtationen von dem Ackerhofe selbst zur Benutzung auf dem Altentheile vorbehalten; dabei die Abfindungen seiner übrigen (damaligen ehelichen) Kinder von dem Hofe an Geld und Naturalien festgesetzt, und deren Verabreichung dem Hofsannehmer auferlegt.

Nachdem nun derselbe im J. 1834 im Altvaterstande verstorben ist, haben die Kläger, als dessen durch die nachfolgende Ehe mit ihrer Mutter legitimirte und dadurch als schon zur Zeit ihrer Geburt und vor der Hofsabtretung ehelich sich betrachtende Kinder auf Theilnahme an dessen Erbschaft zu gleichen Theilen mit den wirklich ehelichen Kindern Klage erhoben; es ist ihnen auch solches Erbrecht an demjenigen, was derselbe als Altvater hinterlassen, mit Ausnahme der Lehnsgrundstücke, wenn sie zuvor den Beweis der von den Beklagten in Abrede gestellten Vaterschaft führen würden, zuerkannt; rücksichtlich des Hofes aber abgesprochen. Sie wollten jedoch solches Erbrecht auch auf eine Theilnahme am Hofe mittelst einer angemessenen Abfindung und zwar von der Meierstatt in specie, desgleichen auf ein Erbtheil an dessen übrigen Zubehörungen, so wie auch an den Lehnen (den sie jedoch unmittelbar jetzt nicht mehr fordern) wenigstens wegen der Allodificationssumme auf das, Allodium gewordene, v. Gadenstedt'sche Lehnland, eventuell auf eine Abfindung an den Lehnen mit erstreckt haben, und suchten zu dem Ende die vorgedachte Hofsübergabe, weil sie, als ehelich zu betrachtende Kinder und Notherben, dabei nicht, wie gleichwohl geschehen, gültig übergangen und unbedacht gelassen werden dürften, auf jeden Fall in legitima verletzt worden, nach den Grundsätzen des römischen und des gemeinen Civilrechts von Testamenten, Erbverträgen u. s. w. als durchaus nichtig anzufechten; und diese Nichtigkeit, inwiefern solche rechtlich begründet sei, ist gegenwärtig der Gegenstand der Entscheidung.

Es ist nun aber jene Hofsübergabe und deren rechtliche Gültigkeit hinsichtlich der Kläger nicht nach römischem Rechte, sondern nach dem deutschen Bauerrechte und der Verfassung der Bauernhöfe in den hiesigen Landen zu beurtheilen; es kommt mithin alles das, was aus jenem dagegen weitläufig ausgeführt worden, überall nicht zur Anwendung.

Nach jenem, dem deutschen Bauernverfassungsrechte in den hiesigen Landen, erfordert in den Fällen, wenn der Besitzer eines Bauernhofes, in specie Meierhofes, durch Alter

und Schwachheit oder auf sonstige Weise zu dessen gehöriger Bewirthschaftung unfähig geworden ist, das Interesse des Gutsherrn, und ebenso auch das des Staates auf die Conservation der Bauernhöfe in ihrem Bestande, daß derselbe den Hof an einen fähigeren Hofswirth abgebe, dagegen aber in dem Hofe und aus demselben das zu seinem Unterhalte Nöthige erhalte; und es hat sich zu dem Ende im Verlaufe der Zeit, gestützt auf ältere deutsche Erbfolgearten, das Institut der Hofsübergabe und des Altentheils ausgebildet; wobei, damit der neue Hofswirth, in der Regel eins der Kinder, der neuen Besitzung, in die er seine und seiner künftigen Ehefrau Kräfte und Vermögen verwenden soll, sicher sei, die ihm erforderliche Beihilfe einer Hausfrau erlangen, und dieser wegen ihrer Illaten und künftigen Verhältnisse an dem Hofe Rechte sichern könne, dieses jedoch nur mit dem ganzen Complexe des Hofes, also auch dessen Zubehörungen und der zu der Cultur nöthigen Inventarien geschehen kann, hiervon aber wiederum den übrigen Kindern Erbantheile zustehen, deren Berichtigung durch Abfindungen der neue Hofswirth übernehmen, und zu deren Schuldner sich constituiren muß, die Abtretung zu vollem Eigenthume mit Begebung aller, dem Abtretenden daran zustehenden Rechte nothwendig wird.

Da nun dieses Rechtsgeschäft nicht gleich einem Erbvertrage oder sonstiger letztwilliger Verfügung auf den Tod des Abtretenden verstellt bleiben kann, sondern sofort vollzogen und in Wirkung gesetzt werden muß, mithin ganz die Eigenschaft einer Beerbung, nur mit Beschränkung auf den Hof und dessen Zubehör, als deren Gegenstand annimmt, wobei das sonstige etwaige Vermögen des abgehenden Hofwirthes und nunmehrigen Altvaters demselben ferner mit zur freien Disposition und zur demnächstigen Vererbung auf seinen Todesfall verbleibt: so ist dadurch im Bauernrechte rücksichtlich der Hofsbesitzer eine gedoppelte Erbfolge, die sogenannte anticipirte, als Singularsuccession in den Hof und dessen Zubehörungen, und die demnächstige universelle in das bei dem Absterben des Altvaters vorhandene Vermögen entstanden, und in den Gerichten angenommen. Jene anticipirte Erbfolge ist sonach, gleich der durch den natürlichen Tod herbeigeführten, eine unfreiwillige, durch physische Nothwendigkeit veranlaßte, weil in dem einen wie in dem andern Falle der bisherige Besitzer den Gegenstand der Erbschaft ferner zu besitzen außer Stande ist, und davon sich gänzlich separirt. Es ist daher der Grund derselben dem natürlichen Tode in seiner Wirkung gleich zu achten; sie schließt für diesen Vermögenstheil die erbschaftlichen Verhältnisse gänzlich ab, als welche dadurch zwischen dem Erblasser und dessen Erben vollkommen regulirt und realisirt werden; wodurch zugleich und durch den Uebertritt aus dem Stande eines Hofsbesitzers in den des Altvaters derselbe für diesen und das für denselben mit hinübergenommene und das darauf noch sonst etwa zu erwerbende Vermögen bauernrechtlich gleichsam eine neue Existenz beginnt und seine bisherige aufgiebt.

Es ist sonach die fragliche, unter gerichtlicher Bestätigung vollzogene Hofsübergabe des Vaters an seinen ältesten Sohn mit der Festsetzung der Abfindungen an die Geschwister und der dem Sohne auferlegten Verpflichtung zu deren Verabreichung ein dem Meierrechte, dem Bauernrechte und der Verfassung der Bauernhöfe völlig entsprechendes, mit allen den Erfordernissen, die zur Zeit seines Abschlusses nöthig erachtet werden konnten, versehenes, mithin vollkommen zu Recht bestehendes Geschäft; und aus der Nothwendigkeit dieser Beerbungsart, die nicht nach Willkür zu verschieben steht, und der vollständigen Regulirung und Realisirung derselben folgt sehr natürlich, daß dabei nur diejenigen Erben, die zu jener Zeit als solche vorhanden waren, in Betracht kommen, mithin auf Nachgeborene, oder sonst andere, die möglicherweise in der Folge noch als Erben hinzukommen könnten, so wie auf die zur Zeit des wirklichen Todes und der dadurch eröffneten Universalsuccession Eintretenden nicht gesehen, und daß von letzteren auf jene, längst völlig erledigte Erbschaft nicht noch Rechte erlangt werden können; also auch deren Hinzutreten darauf überall nicht einzuwirken, die unterlassene Bedachtnahme auf nicht zu erwartende Miterben und ganz außerordentliche Fälle das Geschäft wankend zu machen nicht vermögen; daher der Hof nebst den, den Geschwistern ausgesetzten Abfindungen, die ohne Zweifel in dem Laufe der Zeit seit 1815 bereits abgetragen worden, dem Beklagten mit vollem Rechte erworben sei.

Wenn gleichwohl von den Klägern diese Rechte der Beklagten aus dem Grunde der nachherigen Heirath des Erblassers mit der Mutter der Kläger und deren dadurch erfolgter Legitimation auf die Weise angegriffen worden, daß die Kläger als bereits zur Zeit der Hofsübergabe ehelich vorhandene Kinder, die auch bei solcher anticipirten Succession nicht übergangen werden dürfen, betrachtet werden müßten, demnach aber, da solches gleichwohl geschehen, diese als unkräftig und nichtig erscheine: so müßte sothane Legitimation als in unbeschränkter Weise rückwärts wirkend angesehen werden. Ob nun gleich allerdings die legitimirten Kinder als bereits zur Zeit ihrer Geburt eheliche hergestellt, und ihnen dadurch die Rechte der ehelich geborenen zu Theil werden, so kann doch solches, da nach L. 6 Cod. de inoff. testam. das Notherbenrecht nur für dasjenige Vermögen, welches der Verstorbene zur Zeit seines Todes besessen hat, wirksam werden kann, wenigstens für diese Verhältnisse nicht in die Zeit der aufgegebenen früheren Existenz und auf das, was in Folge davon derselbe zu besitzen rechtsgiltig aufgehört hat, zurückgezogen, muß vielmehr auf dasjenige beschränkt werden, was in seinem anderweiten Stande als Altvater zur Zeit seines Ablebens sein Eigenthum war; als wodurch allein nur noch dessen Person repräsentirt wird, in Ansehung dessen daher auch nur noch eine einmalige Erbschaft und erbschaftliche Rechte stattfinden.

Auf gleiche Weise kann die Legitimation auch nur insoweit zurückwirken, als nicht dadurch bereits erworbene Rechte verletzt werden. Denn obgleich die neueren Rechtslehrer die Beziehung auf eine Rechtsfiction, als habe bereits zur Zeit der Geburt der Kinder unter den Eltern eine Ehe bestanden, die den Klägern durchaus entgegen sein würde, aus guten Gründen verlassen haben, und die Wirkungen der Legitimation unmittelbar aus dem Gesetze, oder bei Rescripten aus landesherrlicher Machtvollkommenheit ableiten und bis auf die Geburt zurückführen: so findet doch solches nicht unbedingt statt, weil schon jedes Gesetz, selbst das mit rückwirkender Kraft erlassene, wie eine Menge Gesetzstellen, insbesondere Nov. 115. cap. 1 bewahrheiten, diese Kraft gerade nur in soweit äußert, als dadurch wohlerworbene Rechte nicht verletzt werden, auch Privilegien, wozu die Dispensation zur Heirath mit der adultera, welche sententia a qua als vorhanden voraussetzt, weil ohne solche die Legitimation der Kläger nicht thunlich war, gehört, immer nur salvo jure quaesito tertii zu verstehen sind, wie solches noch neuerlich in den Landesgesetzen (Landtagsabschied v. 1832, Art. 6) bestätigt ist, auch die Legitimation in Kraft des Gesetzes, insofern sie zu Gunsten der zu legitimirenden Kinder gereicht, nur als beneficium legis od instar privilegii anzusehen steht; und selbst die, in dem cap. 6 X. qui filii sunt legitimi hervorgehobene tanta vis matrimonii, am wenigsten bei Protestanten, den übrigen Gesetzen entgegenlaufende Wirkungen, wie die Vernichtung wohlerworbener Rechte es sein würde, nicht hervorbringen kann. Selbst die Dispensation zur Heirath, auf der die Legitimation der Kläger beruht, würde als erschlichen angesehen werden müssen, da sie, wenn die hier zu berücksichtigenden Umstände mit vorgetragen worden, nur mit Vorbehalt der Rechte der ehelichen Kinder hätte ertheilt werden können; wogegen das vom Sachführer aus Schilter, Comment. ad jus feudale allemannicum allegirte Legitimationsrescript vom Kaiser Ruprecht de 1408 nichts beweist, da daraus, daß eheliche Kinder vorhanden gewesen, zu deren Nachtheile die Legitimation gereichen können, nicht constirt, dagegen bei demselben Schriftsteller andere kaiserliche Rescripte dieser Art zu finden sind, in denen der Vorbehalt der Rechte ehelicher Kinder ausdrücklich ausgesprochen ist.

Auf diese Ansicht weist denn auch die Parömie des deutschen Rechts: „der Leibzüchter darf nicht züchten", sehr deutlich hin, indem ein solcher denen, im Altvaterstande erzeugten Kindern Anrechte auf den Hof in keiner Weise mehr erwerben kann; und sogar völlig legitime, auf der Leibzucht geborene Kinder demselben Schicksale unterworfen sein würden.

Insbesondere aber dürfte noch in Betracht kommen, daß die Legitimation der Kläger in Handlungen freier Willkür des Vaters der streitenden Theile, der Heirath mit der adultera und der Auswirkung der dazu nöthigen Dispensation ihren Grund

hat; daß aber derselbe rechtlich verpflichtet war, das mit seinen wirklich ehelichen Kindern vollzogene Hofsübergabegeschäft redlich bestehen zu lassen, und dagegen nichts zu unternehmen; daß er mithin dolose gehandelt haben würde, wenn er durch fothane Heirath und die dadurch herbeizuführende Legitimation der Kläger jenen nach andere Miterben mit einem, in deren früher bereits durch ihn selbst erworbene Rechtsverhältnisse eingreifenden Erbrechte hätte unterschieben wollen; welches auch den Klägern, die als seine Erben auch seine Verpflichtungen zu erfüllen haben, und gerade auf ein dadurch ihnen verschafftes Erbrecht ihre Klage gründen, als Einrede entgegenstehen würde; zumal solcher dolus nicht in dem angefochtenen Vertrage und Geschäfte selbst, bei dessen Abschlusse an die Kläger vernünftiger Weise nicht zu denken stand, liegt, wie bei Verletzungen des Notherbenrechts zum Nachtheil der Erben, derselbe vielmehr zu deren Vortheile gereichen würde, da gerade dieses factum dolosum ihres Erblassers und dessen Folgen ihren Klaggrund ausmacht.

Was hiernächst den Anspruch auf Theilnahme an den Lehnen betrifft, so haben die Kläger solchen in soweit aufgegeben, daß es den Anschein hat, als wollten sie jetzt nur nach den eventuell auf die Allodificationssumme erhobenen verfolgen. Da jedoch dieser Anspruch nur den Sinn haben kann, daß das, Allodium gewordene Lehen im Betrage dieser Summe der Allodialvererbung anheimfalle, indem solche Summe an sich als aus des Erblassers Vermögen heraus in die des Lehnsherrn übergegangen, kein Erbgegenstand mehr sein kann: so steht jedoch, da die Allodification zur Zeit des westphälischen Rechts erfolgt ist, den Klägern die von ihnen selbst zu einem anderen Zwecke für sich angezogene Disposition eben dieses Rechts, daß auch nach Ablösung der Lehnseigenschaft dennoch die Lehnsfolge nach einmal stattfinden solle, entgegen; daher ein solches abgelöstes Lehen zwar Allodium, jedoch im nächsten Falle annoch mit lehnrechtlicher Erbfolge geworden ist, und dieser Fall gerade hier eintritt, wodurch denn die Kläger, da sie in Lehen nicht succediren können, durch die Beklagten überall ausgeschlossen sind.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 6. Nov. 1838, i. S. Steinhoff c. Steinhoff.

II.

Zwischen dem unehelichen Kinde und der Mutter bestehen nach der gemeinen Ansicht die gewöhnlichen Kindes- und Verwandtschaftsverhältnisse, dieselben Erbrechte und das Pflichttheilsrecht, wie bei ehelichen.

Streitig ist aber, ob auch Kinder aus incestuöser Ehe ein Notherbenrecht gegen ihre Mutter haben.

Einige meinen, daß alle Kinder ex damnato atque secundum leges punibili coitu auch von der mütterlichen Erbschaft völlig ausgeschlossen seien, also auch kein Pflichttheilsrecht hätten. Man beruft sich auf Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15, so wie auf die aus der Nov. 87 cit. entlehnte Auth. Licet. L. 5, C. de natural. lib. 5, 27. L. 6 Cod. de nupt. incest. 5, 5.

Huber, prael. ad Instit. lib. 3. tit. 10. de succ. ab int. sec. Nov. 118. §. 8.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 37. Nat. 8.
Glück, Intestaterbfolge §. 136.
Vinnius ad Inst. lib. 3. tit. 5. Nro. 3.
Koch, success. ab int. §. 32. Schol. 2.

Andere meinen, die von den Gegnern angeführten gesetzlichen Bestimmungen könnten nicht auf Kinder aus solchen Verbindungen, wie außerehelicher Incest oder gar Ehebruch sei, welchen deshalb auch das Notherbenrecht gegen ihre Mutter zustehe, ausgedehnt werden, sondern nur auf Kinder aus blutschänderischer Ehe.

Heise, diss. de successor. necess. §. 30.
Spangenberg im civil. Archiv Bd. 12. S. 452.
Reßhirt, Einleit. in das Erbr. S. 213. Not. 186.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.
Fritz in der Ausgabe von Wening-Ingenheim zu §. 433.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 158.
Francke, Notherbenrecht S. 179.
Sintenis, Civilr. §. 162. Not. 8.

Vergl. auch Intestaterbfolge, erste Klasse c. 4 u. 5.

III.

Streitig ist, ob zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Erzeuger ein Notherbenrecht bestehe.

Einige meinen, dem filius naturalis, d. h. dem in einem giltigen Concubinate Erzeugten gebühre in Beziehung auf den Theil, welchen er in Ermangelung ehelicher Kinder und einer Ehefrau ab intestato erben könne, Notherbenrecht.

Cujacius ad Nov. 18. opp. tt. p. 1066.

Andere meinen, uneheliche Kinder könnten von dem Vater und dessen Verwandten keinen Pflichttheil verlangen, da sie juristisch nicht als dessen Descendenten angesehen werden könnten. Ueberhaupt aber würde dieses Recht der liberi naturales bei uns unanwendbar sein; denn wo der Concubinat verboten sei, da habe er aufgehört ein rechtliches Verhältniß zu sein, könne also auch keine rechtlichen Folgen hervorbringen.

Francke, Notherbenrecht S. 178.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 122.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 161.

Vergl. auch Intestaterbfolge, erste Klasse c. 7. 8 u. 9.

IV.

Streitig ist, ob der Arrogirte oder plene Adoptirte gegen die Ascendenten seines Adoptivvaters Notherbenrechte habe.

Einige verneinen diese Frage unbedingt; denn nur ein homo sui juris könne adoptiren und arrogiren; da ein solcher aber keine Agnaten-Ascendenten habe, so könne auch der Adoptirte zu ihnen in kein Rechtsverhältniß treten.

Schömann, Fragmente aus seinen civil. Vorles. S. 131—135.
Sintenis, Civilr. §. 139. Not. 44.
Puchta, Lehrb. §. 449.
Francke, Notherbenrecht S. 181.

Andere stimmen dieser Ansicht mit der Einschränkung bei, wenn die väterlichen Ascendenten des Arrogators oder des zu Adoptirenden ihre Einwilligung in die Adoption gegeben haben.

Koch, success. ab int. §. 41.
Höpfner, Instit. §. 689.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 183.

Andere meinen, daß der Adoptirte und Arrogirte ein Notherbenrecht gegen die Agnaten des Adoptivvaters erhalten, wegen §. 7 Inst. de adopt. 1, 11. L. 6. L. 7. L. 23 D. eod. 1, 7.

Thibaut, System §. 384 (§. 857).
Braun, Dictate zu §. 491.
Thibaut, civil. Abhandl. S. 302—304.
Grolmann in Löhr's Magaz. Bd. 4. S. 134.
v. Vangerow, Pand. §. 412. Not. 1.

Andere verlangen dazu noch die Einwilligung der Ascendenten und der zu Adoptirenden in die Adoption.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 686.
Koch, succ. ab intest. §. 66.
Höpfner, Institut. §. 689.

Vergl. auch Intestaterbfolge, erste Klasse c. 14.

V.

Wenn der Testator pleue adoptirt oder arrogirt ist, und in der Adoptivfamilie verstirbt, sich aber noch in der Gewalt des Adoptivvaters befand, so streitet man, ob den leiblichen Eltern und dem Adoptivvater der Pflichttheil gebühre.

Einige meinen, es könne hier von einem Pflichttheile weder der leiblichen Eltern noch des Adoptivvaters die Rede sein, weil hier ja der Adoptirte möglicherweise nur über sein peculium militare hätte testiren können, hierbei aber Notherben nicht berücksichtigt zu werden brauchten; ebenso hörten durch die Emancipation die Folgen der Adoption auf.

Glück, diss. de constituenda legit. port. parent. Sect. I. §. 3.
Krontal im civil. Archiv Bd. 4. S. 384 ff.

Andere meinen, das Privilegium des Haussohns, über das peculium militare testiren zu dürfen, sei durch Nov. 115. c. 4 und Nov. 123. c. 19 aufgehoben; hieraus und aus der generellen Vorschrift der L. 30 de inoff. test. folge, daß der leibliche Vater von seinem Pflichttheile nicht ausgeschlossen werden dürfe; dieses sei durch L. 10 C. de adopt. 8, 48 nicht geändert, und müsse nach Nov. 118 heutzutage um so mehr angenommen werden.

Francke, Notherbenrecht S. 188.
Roßhirt, Erbrecht S. 320.
Glück, Intestaterbfolge §. 166.
Schmitt, die Lehre von der Adoption §. 60.
Koch, success. ab int. §. 65 et 66.
Wernher, Comm. in Pand. tl. 38. 17. §. 12.
v. Vangerow, Pand. §. 474.
Büchel, civilrechtl. Erört. Bd. 2. Abth. 2. §. 474.
Puchta, Lehrb. §. 481. Not. 4.

Andere meinen, der Adoptivvater werde allemal durch den leiblichen Vater ausgeschlossen; denn die Nov. 118 rufe alle Ascendenten zur Intestaterbfolge ohne Unterschied zwischen agnatischen und cognatischen Verwandten; da nun eine Adoption das Cognationsverhältniß nicht vernichte, so folge, daß dem leiblichen Vater Intestaterbrecht und folgeweise Pflichttheilsrecht gebühre.

Lehr in Hagemann's und Günther's Archiv Bd. 5. S. 194.

Andere meinen, der Adoptivvater solle allein und mit Ausschluß des leiblichen Vaters erben, und nur die leibliche Mutter mit Jenem concurriren. Denn nach L. 2. §. 15. L. 3 D. ad SC. Tertull. 38, 17 solle der Adoptivvater hinter der Mutter zurückstehen müssen; indessen sei hier die Rede von einem Erbrecht, welches dem Adoptivvater wegen der Emancipation — als parens manumissor — zustand, wie sich das aus den Worten der ersten Stelle: „quum pater esse desierit" ergebe, und auch nicht anders möglich sei, da er ja zur Zeit der classischen Juristen überhaupt kein anderes Erbrecht hatte. Dieser Vorzug der Mutter vor dem Adoptivvater sei durch die neuesten Bestimmungen Justinian's über Intestaterbfolge weggefallen. L. 10 pr. C. d. adopt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 229.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 122.

Hiergegen werden die Bestimmungen der L. 30 pr. D. 5, 2 geltend gemacht.

Holzschuher, Th. 2. A. 2. S. 681.

VI.

Streitig ist, ob die von einer Frau adoptirten Kinder die querela inoff. test. gegen das Testament ihrer Adoptivmutter anstellen können.

Einige meinen, es stände ihnen ein Pflichttheilsrecht und folgeweise die querela inoff. test. zu. Man beruft sich auf L. 29. §. 3 D. de inoff. test. 5, 2, wo Ulpian sagt: „Quoniam femina nullum adoptare filium sine jussu principis potest, nec de inofficioso testamento ejus quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest". Man schließt nun a contrario, daß eine Adoptivmutter, welche mit Erlaubniß des Landesherrn ein Kind angenommen, ihr Adoptivkind nicht ohne Gründe enterben könne, weil sonst die ganze Deduction von Ulpian widersinnig wäre. Ferner stützt man sich auf L. 5 C. de adopt.

Finistres in pracl. ad tit. de inoff. test. cap. 3. §. 25.
Thibaut, Versuche Bd. 1. Abh. 15. S. 339.
Weber zu Höpfner, Comm. §. 532. Not. 3.
Francke, Notherbenrecht S. 185.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 183.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 489.
v. Vangerow, Pand. §. 474.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 679.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 375.

Andere meinen, es stehe ihnen kein Pflichttheilsrecht zu. Denn die von den Gegnern angeführten Gesetzesstellen sprächen für die entgegengesetzte Ansicht nicht ausdrücklich, sondern man schließe nur a contrario, und solche Schlüsse seien mit Behutsamkeit anzuwenden. Auch sei es inconsequent, die von einem Weibe geschehene Adoption für wirkungsreicher zu halten, als die von einer Mannsperson vorgenommene.

Voodt, Probabil. lib. 1. c. 3. §. 4. lib. 4. c. 5. §. 2.
Höpfner, Instit. §. 532.
Faber, Ration. ad L. 29. §. 3 D. 5, 2.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 11.

VII.

Streitig ist, ob die noch in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, wenn sie über ihr peculium castrense und quasi castrense testiren, ihre Eltern nach Belieben übergehen können.

Einige meinen, da nach älterem Rechte den Hauskindern diese Befugniß unzweifelhaft zugestanden habe, L. ult. C. 3, 28. L. ult. C. 6, 22, so sei auch durch Nov. 115 dieses Recht nicht aufgehoben, indem durch ein allgemeines Gesetz frühere jura singularia nicht außer Wirksamkeit gesetzt würden. Hierzu komme, daß Justinian das gleichartige Privilegium der Söhne der Geistlichen durch Nov. 123. c. 19 ausdrücklich aufgehoben habe, was nicht nöthig gewesen sein würde, wenn es schon durch Nov. 115 für aufgehoben zu erachten gewesen wäre.

Donellus, Comm. lib. 29. c. 5. §. 14.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 5. 2. §. 28.
Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 19.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1707.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 486.

Andere meinen, die Worte der Nov. 115: non licere liberis parentes suos praeterire etc., enthielten

in dem Verbot ausdrücklich auch das peculium castrense et quasi castrense, denn nur auf dieses könne die testandi licentia bezogen werden, auf ein anderes peculium könnten sie gar nicht gehen, könnten Hauskinder überhaupt nicht testiren; und auf Kinder, die nicht mehr in der väterlichen Gewalt ständen, könnten jene Worte auch nicht bezogen werden, weil diese keiner Dispositionsbeschränkung unterworfen gewesen seien, von was immer für einer Art ihr Vermögen sein möchte. Hiernach könne bloß daraus, daß Justinian das Privilegium der Söhne der Geistlichen in Nov. 123. c. 19 aufhebe, nicht gefolgert werden, daß eine solche wiederholte Aufhebung auch für die übrigen Peculien nothwendig gewesen wäre.

Francke, Notherbenrecht S. 450.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 2. S. 158.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 216.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 699.

VIII.

Streitig ist, ob die Geschwister zu den Pflichttheilsberechtigten gezählt werden können.

Einige verneinen dies; denn das römische Recht habe sie nie dahin gerechnet, sondern ihnen nur, wenn im Testament personae turpes eingesetzt waren, wegen der ihnen dadurch zugefügten Schmach, die querela inoff. test. gegeben, so daß die Geschwister, selbst wenn sie in solchem Testamente reichlich bedacht worden, der persona turpis das Hinterlassene dennoch stets hätten abnehmen können, und daß sie, wenn ihnen nur sehr wenig zugewandt worden, doch nicht die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, sondern nur die Querel haben würden. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß in unsern Quellen nirgends von einem Pflichttheile der Geschwister die Rede sei, daß der Grund ihrer Klage nicht ein fest begründetes Recht auf einen bestimmten Theil des Nachlasses, sondern die ihnen durch die Einsetzung einer persona turpis zugefügte Schmach sei, daß aus diesem Grunde ihre Klage durch Einsetzung solcher Personen bedingt sei, welche als indigni nichts aus dem Testamente erwerben sollten, so daß hier nur eigenthümlich sei, daß dies ereptitium den Geschwistern zugesprochen werde, und daß die Geschwister dieses Recht mit der querela inoff. test. geltend machen könnten.

Cl. Chifletius, de port. legit. lib. sing. cap. 11.
Paulos Castrensis ad L. 21 C. de inoff. test. Nro. 3.
Marezoll, bürgerliche Ehre S. 256.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Th. 1. S. 185 ff.
Schweppe, röm. Rechtsgeschichte §. 511.

Andere meinen, jene Ansicht sei unrichtig; denn die Geschwister würden als zur Querel berechtigt neben den Ascendenten und Descendenten ausdrücklich genannt, §. 1 Inst. 2, 1. L. 1 D. de inoff. test. 5, 2. L. 21 C. eod. 3, 28, vergl. mit §. 6 Inst. eod., also müßten auch, insofern nichts Abweichendes besonders ausgesprochen sei, dieselben näheren Bestimmungen hinzugedacht werden, und außerdem würden in einer Stelle Nov. 1. praef. §. 2 die Geschwister nach jenen Personen auch geradezu als solche genannt, denen (interdum) ein gewisser Theil des Vermögens, ein Pflichttheil, hinterlassen werden müsse.

Francke, Notherbenrecht S. 198.
Glück, Pand. Bd. 35. S. 89.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 272.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 157.
Thibaut, System §. 810.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 489.
Seuffert, Pandektenrecht §. 652.
Gans, Erbrecht Bd. 2. S. 410.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 255.
v. Vangerow, Pand. §. 474.

IX.

Streitig ist, ob vollbürtige Geschwister, ohne alle Rücksicht auf die Person des eingesetzten Erben, ein Pflichttheilsrecht haben.

Einige meinen, unter dem Ausdrucke consanguinei verstehe man Halbgeschwister von des Vaters Seite her, und nur diese seien Pflichttheilsberechtigte, wenn eine persona turpis eingesetzt sei; dagegen hätten vollbürtige Geschwister ohne Rücksicht auf die Person des eingesetzten Erben Pflichttheilsrecht. L. 27 C. de inoff. testam.

Hertius, de fratris germani querela inoff. adversus quoscunque (Opusc. Vol. II. T. 3.).
van de Water, observ. I. 12.

Ferner habe Justinian durch Nov. 118 eine Aenderung eingeführt und eine ganz neue Erbfolgeordnung geschaffen, nach welcher die vollbürtigen Geschwister zugleich mit Ascendenten und Verstorbenen succedirten; sie müßten also auch ein gleiches Recht in Ansehung des Pflichttheils und der querela inoff. test. haben.

Bohmer, diss. de querela inoff. fratrum consang. §. 25.

Andere meinen, die allgemeine Ansicht habe sich stets gegen diese Meinung erklärt, weil in der röm. Rechtssprache consanguineus und germanus jeden Bruder bezeichne, welcher Agnat sei, also alle Söhne, die denselben Vater haben. So lange das römische Erbrecht auf der Agnation beruhte, habe man die Vollbürtigen und Halbbürtigen vom Vater her, gar nicht durch besondere Ausdrücke zu unterscheiden gebraucht, da die Rechte derselben gleich gewesen wären; man habe nur die Geschwister, welche Agnaten gewesen, von den übrigen trennen müssen, und dieses sei durch die Bezeichnung von consanguinei oder germani geschehen, §. 1 Inst. de legit. agnat. succ. Außerdem sage Justinian in Nov. 1. praef. §. 2, Kinder und Eltern hätten den Pflichttheil stets, Geschwister nur in bestimmten Fällen zu fordern. So habe er nicht reden können, wenn vollbürtige Geschwister ebenso unbedingt Pflichttheilsrecht hätten, wie Ascendenten und Kinder.

Francke, Notherbenrecht S. 191.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 156.
Glück, Pand. Bd. 7. §. 543.
v. Vangerow, Pand. §. 474.

X.

Streitig ist, welche Personen zu Erben eingesetzt sein müssen, damit von einem Pflichttheilsrechte der Geschwister die Rede sein könne.

Einige meinen, die Personen, deren Einsetzung die

Geschwister zur Klage berechtigen würde, müßten einzeln und gesetzlich bestimmt sein, L. 1. L. 3 C. Theod. de inoff. test., und dahin gehöre: wer lege intestabilis sei, wobei die Verordnungen der Lex Julia et Papia zum Grunde lägen, insbesondere die Eheverbote. Personae turpes seien nun diejenigen, deren Ehe jedem Freigeborenen in der Lex Julia untersagt sei, personae leviter notatae dagegen diejenigen, welche ein Senator nicht heirathen dürfte.

Heineccius, diss. de levis notae macula §. 16—26.
Heineccii Opera T. II. Ex. Vtt. u. Vorr. z. zw. Th.

Andere wollen auch unehelich Geborene dahin zählen, weil die uneheliche Geburt nach den Begriffen des einheimischen Rechts eine macula mit sich führe, und jede auch noch so geringe Anrüchigkeit den Geschwistern die Querel geben solle.

Morezoll, bürgerliche Ehre S. 390—392.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 5. 2. §. 22.
Westenberg, de portione legit. diss. 2. c. 4. §. 5.
Westphal, von Testam. S. 269.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1693.
Carpzov, jurispr. for. P. 3. Const. 20. def. 10.

Andere meinen, bei dieser Frage sei sehr Vieles dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Justinian sage: es muß eingesetzt sein: eine persona infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspersa. Infamie sei nun die gesetzlich wegen schlechter Handlungen ausgesprochene Ehrenschmälerung, die sogen. infamia juris, turpitudo; was wir infamia facti nennen, sei eine nicht gesetzlich sanctionirte Ehrenschmälerung, eine Verächtlichkeit der Person wegen schlechter Handlungen oder eines verächtlichen Lebenswandels, für welche nur nicht gesetzlich die infamia ausgesprochen sei. L. 2 D. de obs. par. 37, 15. L. 2 C. de dignit. 12, 1. L. 25 C. ad Leg. Jul. de adult. 9, 9. Die levis notae macula ergebe sich durch Vergleichung der L. 1 und L. 3 C. Theod. de inoff. test. und sei vorhanden, wenn auch nur ein geringer Makel an dem Charakter des Erben hafte, so daß die Klage nur cessire, wenn der Eingesetzte eine ganz unbescholtene Person sei, welche durch eigene schlechte Handlungen oder verächtliche Lebensweise ihren Ruf niemals befleckte. Dahin gehörten nun außer liederlichen Frauenzimmern die aurigae, mimi, venatores sive bestiarii, was sich auf herumziehende Seiltänzer, Marionettenspieler, Bänkelsänger und ähnliche Leute anwenden lasse, auch wohl auf Abdecker, weil deren Gewerbe als ein verächtliches gelte, nicht aber auf uneheliche Geburt, weil nur die eigene Handlung und Lebensweise in Frage komme.

Francke, Notherbenrecht S. 194.
v. Vangerow, Pand. §. 474.
v. Savigny, System Bd. 2. S. 222.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 156 ff.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 5. S. 64.
Höpfner, Instit. §. 473.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 968.

Präjudiz 1.

In Erwägung — daß es durch den Gerichtsgebrauch feststeht, daß die uneheliche Geburt des zum Erben Eingesetzten nicht als Grund zur Anfechtung des Testaments von Seiten der Geschwister des Testators zu betrachten sei, so ....

Erk. des OAG. zu Cassel v. 17. Oct. 1840, in S. Mootz gen. Maquinet c. Maquinet.
Strippelmann, Neue Samml. Th. 2. S. 86.

Präjudiz 2.

In einem Erk. des OAG. zu Celle vom 2. Nov. 1807, in Sachen Krönkel c. Feldhof, wurde nach folgenden Grundsätzen entschieden:

Zweifelhafter ist es indeß, ob einer geschwächten Frauensperson eine levis notae macula anklebe? Freilich wird solchen Personen nach der Sittenlehre und dem Urtheile der zuchtliebenden Welt immer ein Flecken ankleben; aber im Sinne des römischen Rechts

Höpfner, Commentar §. 62.
L. 43 pr. et §. 1—4 D. de ritu nupt.
Glück, Pand. §. 379.

sind nur solche Personen mit einer levis notae macula behaftet, die entweder aus Niederträchtigkeit für Geld, oder aus Wollust sich jedem ohne Wahl Preis geben. Es wäre ungerecht, wenn die Frauensperson durch die einfache Schwächung in einen solchen verächtlichen Zustand gerathen sollte, der mit den rechtlichen Folgen der Anrüchigkeit belegt werden, und folglich die Inofficiositätsklage gegen sie zuläßig machen könnte.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 10.

Präjudiz 3.

In dem gegebenen Falle einer querela inofficiosi testamenti entschied der oberste Gerichtshof, daß die Behauptung der Kläger, die (ledige) Beklagte habe mit dem (verheiratheten) Erblasser in ehebrecherischem Umgange gelebt und mit demselben zwei Kinder erzeugt, weshalb sie als eine persona turpis oder wenigstens mit einer levis nota behaftet betrachtet werden müsse, unerheblich sei, da in der römischen Gesetzgebung der Ehebruch nur in dem Falle als Verbrechen existire, wenn er von einem Manne mit der Ehefrau eines Andern begangen sei, wogegen der Beischlaf eines Ehemanns mit einer Jungfrau oder Wittwe nur als stuprum betrachtet und gestraft werde;

fr. 6. §. 1 ad leg. Jul. de adult. (48, 5),
§. 4 Inst. de publ. jud. (4, 18),
C. 22 u. 25 ad leg. Jul. de adult. (9, 9),

auch nach der heutzutage bestehenden unbestrittenen Praxis der Ehebruch überhaupt nicht mehr als eine ex officio, sondern nur auf Begehren des dadurch gekränkten Ehegatten zu bestrafendes Verbrechen betrachtet werde, und überall da, wo weder ein von Amtswegen zu bestrafendes, noch ein auf Antrag der beleidigten Person bereits öffentlich bestraftes Verbrechen vorliegt, auch eine bürgerliche Infamie als Folge eines Verbrechens oder eine die bürgerliche Ehre in erheblichem Grade vermindernde Handlung, welche die Unwirksamkeit eines Testaments zur Folge haben könnte, nicht als vorhanden anzunehmen sei.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 28. Juli 1841, in S. Haardt u. Cons. w. de Beauclaire.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 210.

Präjudiz 4.

Ein von ihrem kinder- und elternlos verstorbenen Bruder errichteter letzter Wille, in welchem derselbe seine Ehefrau, die früher verwittwet gewesene B., zur Universalerbin eingesetzt hatte, wollte von den Geschwistern S. unter Anderm deshalb als liebles angefochten werden, weil die eingesetzte Erbin, a) als sie noch mit ihrem ersten Ehemann verheirathet gewesen, dem Erblasser die Ehe versprochen, und weil sie b) wenige Wochen nach jenes Ableben mit diesem sich fleischlich vermischt habe, mithin mit infamia behaftet sei.

Oberstrichterlich wurde weder der eine, noch der andere der obigen Thatumstände für geeignet erkannt, die Klage zu begründen.

Gründe: Zu a. Die Eingehung eines Eheversprechens von solchen Personen, welche bereits mit anderen ehelich verlobt sind, ist zwar nach römischem Recht,

fr. 1 u. 13. §. 2 de his qui notantur infamia (3, 2),

allerdings mit der Strafe der Infamie bedroht. Allein das canonische Recht,

cap. 1 u. 31 X. de sponsalib. (4, 1),

hat diese Strafe aufgehoben. Auch die Praxis des protestantischen Kirchenrechtes behält diese Strafe nicht bei, und das canonische Recht, welches suspensiv bedingte Eheverlöbnisse im Allgemeinen erlaubt, erklärt eine Ehe für rechtsbeständig, welche auf ein Verlöbniß eingegangen worden ist, das schon bei Lebzeiten des vorigen Ehegatten geschlossen wurde.

cap. fin. X. de eo qui duxit in matrim. (4, 7).

Unter diesen Umständen kann auch für diesen Fall die Strafe der Infamie nicht mehr als giltig angenommen werden; es kann von einer infamia juris hier ebenso wenig die Rede sein, als von einer infamia facti, da viele Verhältnisse denkbar sind, unter denen ein solches Eheversprechen, unter Beobachtung aller Pflichten gegen den nachmals verstorbenen Ehegatten, eingegangen wurde. Ohne ganz besondere Umstände kann daher jetzt ein solches Unternehmen, wenn man dasselbe auch nicht löblich finden sollte, Ehrlosigkeit nicht zur Folge haben.

Boehmer, jus ecclesiast. Prot. Tom. II. lib. IV. tit. VII. §. 5 u. 6.
Schott, Einleit. in d. Eherecht §. 152. Not. 3 u. §. 153.
Wiese, Handb. des Kirchenrechts Th. 2. §. 269. S. 602. §. 270. S. 605.

Zu b. Ein Gesetz, welches Infamie dem Vergehen der Stupration androhte (infamia juris), ist nicht vorhanden; die Strafe besteht vielmehr da, wo dieses Vergehen noch bestraft wird, nur in einer mäßigen Geld- oder Gefängnißstrafe, die in der Regel bei nachfolgender Ehe entweder sich noch sehr mindert, oder gar hinwegfällt, so daß namentlich der concubitus anticipatus nicht entfernt zu den Verbrechen gerechnet werden kann, welche Ehrlosigkeit in der öffentlichen Meinung (infamia facti) erwirken. Um so mehr muß dies selbst in den Ländern, wo durch Landesgesetze noch eine Trauerzeit festgesetzt ist, angenommen werden, weil sogar hier öfter landesherrliche Dispensationen zur Verheirathung während der Trauerzeit ertheilt werden, welches die Regierung nicht thun könnte, mindestens nicht thun würde, wenn der Beischlaf innerhalb der Trauerzeit an und für sich in der öffentlichen Meinung als Ehrlosigkeit bewirkend betrachtet würde. Das römische Trauerjahr aber und die auf dessen Verletzung durch Unzucht

Nov. 39. cap. 2. §. 1.

angedrohte Infamie, sind durch klare Verordnungen des canonischen Rechtes:

cap. 4 u. 5 X. de secundis nupt. (4, 21).
Vgl. Boehmer, l. c. Tom. IV. lib. IV. tit. XXI. §. 17.
Glück, Pandekten-Commentar Th. 5. §. 379. S. 184.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 4. Aufl. Bd. 3. Buch 4. §. 385 (67). S. 61.

ebenfalls aufgehoben.

Erk. der Schöffen zu Halle, Namens des OAG. zu Jena, de publ. 29. März 1836, in S. Geschw. Salzmann w. Wittwe Salzmann.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 301.

Präjudiz 5.

Die vom Bruder des Erblassees mit der Pflichttheils-Ergänzungsklage Verklagte räumte ein, früher lange Zeit hindurch (1843—1848) das Handwerk einer im Polizeiregister eingetragenen öffentlichen Hure getrieben zu haben. Die den Gesetzen zufolge, z. B.

fr. 24 de his, qui not. infam. (3, 2);
fr. 3 pr. si a parente (37, 12),

hieraus für sie entsprungene turpitudo wurde auch von ihr nicht bestritten; nur machte sie geltend, daß zu der juristisch allein in Betracht kommenden Zeit eine Reinigung von jenem Flecken für sie eingetreten sei. Sie habe sich gebessert, sei auch vom Testirer als gebessert behandelt worden, indem er sie zu anständigen Familien in die Kost gegeben, ihr Unterricht habe ertheilen lassen, und schließlich sich mit ihr verlobt habe. Diese Umstände wurden für unerheblich erachtet. „Denn juristisch kommt eine solche factische Besserung allein nicht in Betracht, da die rechtlich einmal eingetretene infamia juris nur durch restitutio famae gehoben werden kann, was in der vorliegenden Anwendung durch

fr. 43. §. 4 de ritu nupt. (23, 2)

bestätigt wird."

Erk. des OAG zu Lübeck vom 21. Jan. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 340.

XI.

Streitig ist, ob vollbürtige Geschwister, welche doch in der Intestaterbfolge mit Ascendenten concurriren, beim Pflichttheilsrechte durch die Ascendenten ausgeschlossen werden.

Einige meinen, vollbürtige Geschwister könnten nur als Notherben dritten Ranges berücksichtigt werden, und deshalb könnten Bruder und Eltern nie zusammen die Querel anstellen. Wenn für diese Ansicht auch nicht klare Gesetze sprächen, so sei die Richtigkeit der Ansicht doch deshalb unzweifelhaft, weil den Geschwistern nur ein hypothetisches Recht gegeben sei. Wollte man dagegen den Schluß von der Intestaterbfolge gelten lassen, so müßte es, wegen der einmal angenommenen Rechtsgleichheit, auch einerlei sein, ob eine persona honesta oder inhonesta eingesetzt sei; allein hierin sei erweislich nichts geändert.

Voet, Comment. ad D. 5. 2. §. 11.
Lauterbach, Coll. pr. th. P. 5. 2. §. 20.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1693. Not. b. §. 1697 Not. a.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 142.
Höpfner, Instit. §. 473. Not. 2.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 11 und 376.
Bluntschli, Entwickel. der Erbfolge gegen letzten Willen S. 153.

Andere meinen, der entgegengesetzten Ansicht liege eine verkehrte Anwendung des Satzes zum Grunde, daß von dem Intestaterbrecht kein Schluß auf das Pflichttheilsrecht gelte. Da nun überdies die Voraussetzung, daß bei der Intestatsuccession vor der Nov. 118 die Geschwister den Ascendenten nachgestanden hätten, irrig sei, Gajus Inst. III. §. 14 in f. §. 3 Inst. d. SC. Tertull. L. 2 C. ad SC. Tertull., so müsse man sich gegen die Ansicht erklären, daß Geschwister durch Ascendenten beim Pflichttheilsrecht ausgeschlossen würden.

Braun, Dictate S. 742.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 234 fl.
v. Vangerow, Pand. §. 474 a. E.
Francke, Notherbenrecht S. 203.

Andere stimmen dieser letztern Ansicht bei, weil es für die Geschwister nicht minder kränkend sei, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte eingesetzt seien, als wenn dies geschehen sei, wo keine Ascendenten vorhanden waren. — Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen die Vorschrift in Nov. 115 im Testamente übergangen seien, und von ihrem Rechte Gebrauch machten, so könnten die Geschwister das Testament nicht mit der Querel anfechten; denn durch jene werde auch für sie die Intestaterbfolge eröffnet, die Querel aber finde nur dann statt, wenn die Querelberechtigten nicht auf andere Weise zur Erbfolge gelangten.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 158.

Andere fügen hinzu, daß im obigen Falle für den Theil des Ascendenten die dem Erben auferlegten Vermächtnisse aufrecht erhalten, soweit aber die Geschwister zu klagen berechtigt seien, vernichtet würden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 374 und 375.

XII.

Streitig ist, ob Geschwisterkinder Notherbenrecht haben.

Einige bejahen dies, gestützt auf den Schluß von der Intestaterbfolge, wo die vollbürtigen Geschwister-

kinder neben den vollbürtigen Geschwistern in einer Klasse erben, Nov. 118 c. 3:

Otto, Comment. ad §. 1 Inst. de inoff. test. Nro. 4. p. 297.
Westphal, von Testam. §. 384. S. 171.

und in der Theorie behauptet dies auch

Mackeldey, Lehrb. §. 655. Nat. i.

Andere meinen, nach älterem Rechte sei es zweifellos, daß die Geschwisterkinder von der querela inoff. test. ausgeschlossen gewesen seien. §. 1 in f. Inst. 2, 18. L. 1 D. de inoff. test. 5, 2. L. 21 C. eod. 3, 28. Eine Abänderung dieser Gesetze sei nicht erweislich, und dürfe auch aus der Nov. 118, da ein Schluß von der Intestaterbfolge auf das Pflichttheilsrecht nicht zu rechtfertigen sei, nicht gefolgert werden.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 13.
Voet, Comment. 5. 2. §. 11.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 5. 2. §. 21.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1693.
Höpfner, Instit. §. 473.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 230.
Francke, Notherbenrecht S. 192.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 698.

Andere meinen, wenn ein Geschwisterkind mit einem frater consanguineus vorhanden, eine persona turpis aber eingesetzt sei, und der pflichttheilsberechtigte Bruder — frater consanguineus — die querela inoff. test. angestellt habe, so müsse der Neffe zugleich mit dem frater consanguineus nach erfolgter Rescission des Testaments zur Erbfolge berufen sein.

Bachov ad Treutler. disp. Vol. I. disp. 13. th. 4. litt. D.
Vinnius ad §. 1 Inst. de inoff. test. Nro. 5.
Finistres, prael. de inoff. test. cap. 5. §. 17.

Andere meinen, auch in diesem Falle könnte der frater consang. nur seinen Intestaterbtheil fordern, also das Testament nur zur Hälfte rescindiren, da der Neffe kein Pflichttheilsrecht habe, und also über dessen gesetzlichen Erbtheil rechtmäßig im Testament verfügt sei. Der Eingesetzte behalte also zur Hälfte die Erbschaft als testamentarischer Erbe.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. c. 10.
Van de Poll, de exheredat. et praeterit. c. 80 et 81.
Francke, Notherbenrecht S. 267.

XIII.

Streitig ist, ob uterini mit den übrigen halbbürtigen Geschwistern ein Pflichttheilsrecht haben.

Einige bejahen dies, weil die uterini jetzt gleiches Intestaterbrecht mit den übrigen halbbürtigen Geschwistern haben. Nov. 118, c. 4 in Verbindung mit L. 15. §. 2 C. de legit. heredit.

Hotmann, de quarta legitimaria c. 2. §. 13.
Vinnius ad §. 1 Inst. de inoff. test. Nro. 5.
Westenberg, diss. de part. legit. diss. 2. c. 4. §. 6.
J. H. Böhmer, de querel. inoff. fratr. consang. §. 21—27. (Exercit. ad P. T. II. ex. 37.)
Westphal, von Testam. §. 381 u. 382.

Andere meinen, aus einem gleichen Intestaterbrechte folge kein gleiches Pflichttheilsrecht, und überdem sei schon nach dem Rechte des Codex den uterinis der Anspruch auf den Pflichttheil abgesprochen. L. 27 C. de inoff. test. Die Aufhebung des Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten in der Nov. 118. c. 4 habe auf die Querel der Geschwister gar keinen Einfluß haben können.

Francke, Notherbenrecht S. 193.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 12 und die S. 17. Nat. 63 und 64 Allegirten.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 230.
v. Vangerow, Pand. §. 474. Not. 3.
Höpfner, Instit. §. 473.
Thibaut, System §. 961.
Puchta, Lehrb. §. 481.

Andere meinen, wenn ein uterinus mit einem frater consanguineus vorhanden, eine persona turpis aber eingesetzt sei, und der pflichttheilsberechtigte consanguin. die querela inoff. test. anstelle, so müsse der uterinus nach erfolgter Rescission des Testaments zugleich mit dem consanguineus zur Intestaterbfolge berufen sein.

Bachov ad Treutler. disp. Vol. I. disp. 13. th. 4. litt. D.
Vinnius ad §. 1 Inst. de inoff. test. Nro. 5.
Finistres, prael. de inoff. test. cap. 5. §. 17.

Andere meinen, auch in diesem Falle könne der frater consanguineus nur seinen Intestaterbtheil fordern, also das Testament nur bis zur Hälfte rescindiren, da der uterinus kein Pflichttheilsrecht habe, und also über dessen gesetzlichen Erbtheil rechtmäßig im Testament verfügt sei. Der Eingesetzte behalte also zur Hälfte die Erbschaft als testamentarischer Erbe.

Donellus, Comment. jur. civ. tit. 19. c. 10.
Van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 80 et 81.
Francke, Notherbenrecht S. 267.

XIV.

Streitig ist, ob Stiefkindern, sofern sie durch Einkindschaftsvertrag gegen die Stiefeltern, in Hinsicht auf die künftige Erbfolge, in das Verhältniß leiblicher Kinder gesetzt sind, also ein vertragsmäßiges Erbrecht erlangt haben, ihr Erbrecht geschmälert werden dürfe.

Einige meinen, es genüge, daß ihnen der Pflichttheil ausgesetzt werde.

Reuter, diss. de jure testandi conjugibus post initam unionem prolium competente (1750) §. 30 und 31.
Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 1. Res. 57. Nro. 8.

Andere meinen, ihr Erbrecht dürfe ihnen nicht geschmälert werden, und die Einsetzung auf den Pflichttheil mache das Testament nichtig.

Leyser, med. ad P. sp. 20. m. 7.
Pufendorf, observ. T. I. obs. 200. §. 48 u. 49.
Westphal, deutsch. P.-R. Th. 2. Abth. 48. §. 10.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 613.
Runde, deutsch. P.-R. §. 676.

Wenn jedoch die vereinten Stiefkinder aus rechtmäßigen Ursachen enterbt worden, so müsse solche Enterbung wie ein Widerruf der Einkindschaft wegen Undankbarkeit angesehen und behandelt werden; die Folge davon sei, daß solche Kinder zwar von ihrem in die Einkindschaft geworfenen Vermögen nichts verlieren könnten, allein von dem Vermögen ihrer sie enterbenden Stiefeltern auch nichts erhielten.

Glück, Pand. Bd. 6. S. 565.
Harprecht, Resp. 79. Nr. 70.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 614.
Griesinger, Commentar über das würtembergische Landrecht Bd. 5. §. 76. Not. e. S. 301.

Andere meinen, eine Enterbung sei überhaupt unzulässig, da auch aus den Enterbungsursachen eine Aufhebung des Vertrags nicht begründet werde.

Pufendorf, obs. 200. §. 30.
Westphal, deutsch. P.=R. Th. 2. Abth. 48. §. 11.
Tafel, Lehre von der Einkindschaft §. 35.

Siehe hiergegen

Griesinger, l. c.

Präjudiz 1.

Ein höchstrichterliches Rescriptum de emendando wird folgendergestalt motivirt:

Das zwischen dem weil. Heinsohn, dem Erblasser des Beklagten, und seiner Ehefrau, der verwittwet gewesenen Dieckmann, der Großmutter des Klägers, Inhalts der Urkunde vom 11. Nov. 1776 eingegangene Rechtsgeschäft ist als ein wirkliches pactum unionis prolium zu betrachten.

Es kann nun von Seiten des Beklagten (welcher sich im Besitze des Heinsohn'schen Nachlasses befindet) ein Einwand gegen die formelle Giltigkeit und Rechtsbeständigkeit dieses Vertrages auf den Umstand nicht gegründet werden, daß für die beiden (eingekindschafteten) Stieftöchter des Heinsohn — weil deren Mutter, die verwittwet gewesene Dieckmann, nach ihrer anderweiten Verheirathung mit Heinsohn, die für ihre gedachten Kinder geführte Vormundschaft nicht beibehalten konnte — *neue Vormünder* hätten bestellt und bei Abschließung des Einkindschaftsvertrags hätten zugezogen werden müssen. Vielmehr würde aus diesem Mangel nur von Seiten *der gedachten Stieftöchter* oder deren Erben ein Anfechtungsgrund haben entlehnt werden können.

Sodann ist das von der verstorbenen Adelheid Postels, geb. Dieckmann, einer jener Stieftöchter des weil. Heinsohn und der Mutter des Klägers, aus dem Einkindschaftsvertrage erworbene Erbrecht in den Nachlaß ihres Stiefvaters, *obwohl sie den Tod des letztern nicht erlebt hat*, dennoch der Natur des Einkindschaftsvertrags gemäß, von ihr auf ihren leiblichen Sohn und Erben, den Kläger, übergegangen und transferirt. Mithin war der weil. Heinsohn nicht befugt, über sein gesammtes Vermögen, sei es inter vivos oder mortis causa, zu Gunsten des Beklagten zu verfügen und dadurch das Erbrecht seiner Stieftochter oder deren Descendenz zu vereiteln.

Endlich ist auch in der erwähnten Urkunde die Wirkung und Fortdauer des Einkindschaftsvertrags von der wirklich erfolgten Geburt von Nachkindern keineswegs abhängig gemacht, und daher durch die Kinderlosigkeit der zweiten Ehe der vorliegende Einkindschaftsvertrag nicht gebrochen und vernichtet*).

Hiernach stellt sich der Anspruch des Klägers auf die geforderte *Hälfte* des Heinsohn'schen Nachlasses als an sich begründet dar.

Erk. des OAG. zu *Celle* vom 14. Oct. 1839, in S. Postels w. Dreyer, wegen Erbschaft.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 180.

*) Hiermit übereinstimmend ein Erkenntniß desselben höchsten Gerichts vom J. 1836; vergl. Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 188.

Präjudiz 2.

B. hatte durch Einkindschaftsvertrag „die ersteheIichen Kinder seiner Braut als seine eigenen angenommen und denselben gleiche Rechte mit den künftig zu erzeugenden eingeräumt." Die neue Ehe blieb kinderlos. Die zweimal Verheirathete wurde von B. überlebt, und dieser hinterließ ein Testament, in welchem eine Nichte eingesetzt, die Stiefkinder übergangen waren. Letztere fochten das Testament als nichtig an, weil ihr Stiefvater in Folge der Einkindschaft keine Befugniß zu testiren gehabt, und sie (die Kläger) präterirt worden.

In Beurtheilung dieses Rechtsfalles wurde unter Anderem geäußert: Daraus, daß B. die Kinder seiner Braut als seine eigenen angenommen, und denselben gleiche Rechte mit den künftig zu erzeugenden eingeräumt, folgt vielmehr mit Nothwendigkeit, daß dem B. die testamenti factio verblieben ist, weil ein Vater durch die Existenz seiner Kinder nicht behindert wird, ein Testament zu errichten, so daß B. zu testiren nur dann nicht berechtigt gewesen wäre, wenn er auf diese Berechtigung zu Gunsten seiner Stiefkinder verzichtet, mithin seinen Stiefkindern *mehr* Recht als den künftig zu erzeugenden eigenen Kindern zugestanden hätte, was aber nicht von ihm geschehen ist. Indessen war B. durch die Existenz seiner Stiefkinder, eben weil er dieselben als eigene Kinder angenommen hatte, bei der Testamentserrichtung, wie ein Vater durch seine ehelichen Kinder, beschränkt. Er durfte seine Stiefkinder in seinem Testamente nicht übergehen, und das Testament ist daher wegen dieser Präterition nichtig.

Erk. des holsteinischen Obergerichts, bestätigt durch Erk. des OAG. zu *Kiel* vom 7. Febr. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 198.

XV.

Streitig ist, ob der Einkindschaftsvertrag, wodurch den Stiefkindern vertragsmäßiges Erbrecht zugesichert ist, auch ein gegenseitiges Erbrecht auf Seiten der Stiefeltern begründe.

Dies behaupten

Pufendorf, obs. 200. §. 23.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 612.
Tafinger, Lehre von der Einkindschaft §. 38.
Claproth, theor. prakt. Rechtswissenschaft von freiwill. Gerichtshandl. §. 233. Nr. 5.

Andere verneinen dies, falls nicht etwa eine besondere Verabredung das Erbrecht der Stiefeltern begründet haben sollte.

Glück, Pand. Bd 6. S. 569.
Stryk, us. mod. P. Tit. de adopt. §. 14.
Westphal, deutsch. P.=R. Th. 2. Abth. 48. §. 17.
Runde, deutsch. P.=R. §. 676. Not. a.

XVI.

Streitig ist, ob auch Ascendenten, gleichwie solches unbestritten bei den Descendenten vorgeschrieben ist, nach Nov. 115 zu Erben eingesetzt werden müssen.

Die Meisten nehmen an, durch das Verbot der Präterition oder sonstiger Ausschließung sei auch der Ascendenten Einsetzung vorgeschrieben. Dies zeige sich vorzüglich, wenn man die Anfangsworte des 5. Capitels der Nov. betrachte. Hier sage Justinian, er habe durch seine Verfügung jede unrechtmäßige Präterition oder Exheredation der *Ascendenten* wie der *Descendenten* ausschließen wollen. Es genüge aber bei beiden zur Giltigkeit des Testaments, *wenn sie nur zu Erben ernannt seien*, wenn sie dann auch auf bestimmte Sachen beschränkt, oder auf weniger als den Betrag des Pflichttheils eingesetzt sein sollten.

Höpfner, Institut. §. 473. Not. 11.
Francke, Notherbenrecht S. 352.
Leyser, sp. 356. m. 9.
Bremer, de novo jure controv. T. II. obs. 61.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 112—14.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 191.
und fast alle Lehrbücher.

Andere meinen, die Erbeinsetzung der Ascendenten werde in Nov. 115 nicht verlangt.

Unterholzner, Verjähr. Bd. 2. §. 170. S. 62.

XVII.

Ueber die Frage, ob die Entziehung der statutarischen Portion eines Ehegatten das Testament annullire, spricht sich ein oberstrichterliches Erkenntniß dahin aus:

Präjudiz 1.

Der Testirer hatte sich nach Errichtung des Testamentes verheirathet. Nach dessen Ableben machte die Wittwe in einem

in Betreff der Succession geführten Rechtsstreite unter Anderem geltend, das Testament sei rumpirt, weil sie, als Ehefrau (particularrechtliche) Notherbin, darin präterirt sei. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die hier einschlagenden Bestimmungen des römischen Rechts sind so singulärer Natur, und je nach Verschiedenheit der Fälle so modificirt, daß eine analoge Anwendung derselben auf andere Verhältnisse durchaus unzulässig erscheint. Nun fehlt es zwar nicht an einzelnen deutschen Gesetzgebungen, nach welchen ein Testament durch eine nachher vom Testator eingegangene Ehe gänzlich vernichtet wird. Eine solche Bestimmung findet sich unter andern in den

Statuten von Freiburg im Breisgau Tract. III. Tit. 5. Art.: So einer u. s. w.

und ist wahrscheinlich aus diesen übergegangen in die

Frankfurter Reformation III. 4. §. 7; IV. 9. §. 13.
Auch ordnen Aehnliches
die Statuten von Frankenhausen von 1558, III. Art. 8 (bei Walch, Beitr. Th. 1. S. 297).

Allgemeine Grundsätze führen indessen nur dahin, daß ein solches Testament nicht weiter unwirksam sei, als es sein würde, wenn es nach eingegangener Ehe errichtet wäre, nämlich als darin dem andern Ehegatten dasjenige nicht hinterlassen ist, was ihm kein Testament entziehen darf; und auf dieses Maß ist auch die obige Vorschrift der Freiburger Statuten in den Rechten benachbarter Länder und Orte zurückgebracht worden,

Würtemberg. Landr. Th. 3. Tit. 20. §. „Sodann einer“; der Stadt Basel Statute von 1719. Th. 3. Tit. 15. §. „Gleichfalls so einer“;

wie es denn auch wohl unbedenklich als gemeines Recht angesehen werden darf, daß die Entziehung der statutarischen Portion das Testament nicht annullire.

Böhmer, consult. et decis. Tom. II. p. 2. resp. 798. Nr. 29—33.
Leyser, med. spec. 425. coroll. 2.
Meister, prakt. Bemerk. Th. 1. 2 u. 5. S. 42.
Eichhorn, Einleitung §. 338. II. 1.
Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38. S. 30.
Runde, deutsches ehel. Güterrecht §. 174 a. E.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26. April 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 186.

C. Form der Einsetzung oder Enterbung.

I.

Streitig ist, ob zur Enterbung des Descendenten und Ascendenten weiter nichts als die Anführung eines von dem eingesetzten Erben zu erweisenden gesetzlichen Enterbungsgrundes erforderlich sei*).

Einige meinen, über die Formen der Einsetzung, sowie der Enterbung enthalte die Nov. 115 nichts, mit Ausnahme der einen Bestimmung, daß stets der Enterbungsgrund von dem Testator angegeben sein müsse. Nov. 115. c. 3 pr. u. §. 14, c. 4 pr. u. §. 8. Abgesehen hiervon bleibe es also ganz bei dem alten Rechte, d. h. sui und emancipati müßten auch noch nach der Nov. 115 ganz so exheredirt werden, wie dies im früheren Rechte angeordnet gewesen, also nominatim, ab omnibus gradibus. Andere Descendenten aber und Ascendenten hätten auf förmliche Ausschließung irgend einer Art gar keinen Anspruch, sondern wenn nur einer der gesetzlichen Enterbungsgründe angegeben sei, so schade auch bloße Präterition der Giltigkeit des Testaments nicht.

v. Vangerow, Pand. §. 484.

Andere meinen, der Enterbungsgrund müsse namentlich und speciell angegeben sein, und es genüge nicht die allgemeine Angabe, daß der Notherbe die Enterbung verdiente, oder eines die Enterbung rechtfertigenden Betragens sich schuldig gemacht habe. Aber es sei außerdem noch erforderlich, daß durch Anführung des Enterbungsgrundes sich der Wille des Erblassers, aus diesem angeführten Grunde den bestimmten Notherben auszuschließen, auch bestimmt kundgebe, wenn gleich es nicht mehr auf den Gebrauch irgend einer Enterbungsformel, oder das Wort „Enterben“ ankommen könne. Die Enterbung müsse in sofern auch nach der Nov. 115 eine namentliche sein. Da nach dem bisherigen Rechte, wo sie überhaupt nothwendig gewesen, namentliche Enterbung vorgeschrieben sei, diese Vorschrift auch nicht als eine rein formelle, sondern der Bestimmtheit des Willens wegen an sich zweckmäßig erscheine, so sei es eine willkürlich beschränkende Interpretation, wenn man die Worte des Gesetzes: nominatim ingratitudinis causas inserere, oder specialiter nominare, so deute, daß nur speciell dieser oder jener im Gesetze aufgeführte Enterbungsgrund genannt sein müsse. Diese Worte sagten vielmehr: es müsse in concreto ausdrücklich das Vergehen angegeben werden, wegen dessen der Notherbe als ingratus ausgeschlossen werden solle, wobei sich von selbst verstehe, daß auch die Personen, welche sich dessen schuldig gemacht haben sollten, genau bezeichnet sein müßten. Die in der Note angegebenen Beispiele enthielten hiernach keine genügenden Enterbungen.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 145.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 192 und 230.
Heumann in Gießer Zeitschr. Bd. 17. S. 245.
Buchholtz, das. Bd. 13. S. 351.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 203.

Andere meinen, die ganze Form der Ausschließung bestehe in der ausdrücklichen Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes. Die ausdrückliche Erklärung, daß eine bestimmte Person nichts haben solle, die alte exheredatio, sei also nach der Nov. nicht vorgeschrieben, sondern nur die Angabe einer causa ingratitudinis für den, welchen man nicht zum Erben ernannt habe. Es könne also von dem nominatim exheredare keine Rede mehr sein, wenn nur durch den angeführten Enterbungsgrund die Person hinreichend bezeichnet sei. In den in der Note angegebenen Beispielen sei also die Einsetzung, resp. Enterbung eine giltige.

Francke, Notherbenrecht S. 399.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 247.

II.

Streitig ist, ob in jedem Hinterlassen von Sachen an Notherben nach Nov. 115 eine Erbeseinsetzung zu finden ist.

Einige meinen, es sei zwar richtig, daß nach unserer Sprache oftmals in den Worten: „ich vermache“ oder „ich hinterlasse“, eine Erbeseinsetzung gefunden werden müsse, wenn nämlich diese Absicht des Testirers vorliege. Dieses sei z. B. der Fall, wenn man aus dem Testa-

*) Z. B. ob der Sohn gehörig enterbt sei, wenn der Vater sagt: „A soll mein Erbe sein; meinem undankbaren Sohn legire ich bloß die Alimente, da er meinem Leben nachgestellt hat;“ oder: „ich setze meinen Schwager N zum Erben ein, weil er der Einzige meiner Angehörigen war, der sich meiner, da ich gemüthskrank war, angenommen hat.“

mente sehe, daß zum Pflichttheile eine noch keinem Erben zugewiesene Quote der Erbschaft ausgesetzt sei. Wenn aber aus dem Testamente, welches die Quoten der Erbschaft schon durch die Erbeseinsetzung erschöpft habe, erhelle, daß dem Notherben sein Pflichttheil von dem Erben nur ausgezahlt werden sollte, so sei diesem nur ein Vermächtniß hinterlassen, und also die Erbeseinsetzung nichtig. Nov. 115. c. 3 pr. nec si per quamlibet donationem, vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, vgl mit Nov. 115. c. 5 pr. Hiernach könne es keinen Zweifel leiden, daß das Testament anfechtbar sei, wenn dem nicht ausdrücklich eingesetzten Notherben statt der Pflichttheilsquote eine bestimmte Summe oder Sache hinterlassen sei.

Francke, Notherbenrecht S. 392.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 318—320.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 141.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 113 f. und die S. 114 Not. 92 Allegirten.
Höpfner, Instit. §. 473.

Andere meinen, in dem Hinterlassen von Sachen an Notherben sei nach heutigem Sprachgebrauch eine Erbeseinsetzung zu finden.

Leyser, sp. 356. med. 1—4.
Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 117.

Vergl. hierüber noch
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 684.

III.

Streitig ist, ob die Einsetzung des Notherben auf eine Sache genüge, oder ob der Notherbe stets auf eine Quote der Erbschaft, als seinen Pflichttheil, eingesetzt werden müsse.

Einige meinen, der Pflichttheil dürfe nicht bloß auf gewisse Sachen, — und geschähe solches auch erbeinsetzungsweise —, eingeschränkt werden, und der Notherbe sei nicht schuldig, sich hierbei beruhigen zu müssen. Zwar könne das Testament deshalb nicht umgestoßen werden, allein der Notherbe könne die Ergänzung des Pflichttheils, d. h. einen ihm an den sämmtlichen Gütern des Erblassers gebührenden, dem Pflichttheile gemäßen aliquoten Antheil fordern.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 117.
Gmelin und Elsässer, gemeinnützige jurist. Beobachtung. u. Rechtsf. Bd. 4. Nr. 16. S. 229.
Wernher, obs. T. I. obs. 185.

Andere meinen, die Behauptung, daß der auf gewisse Sachen eingesetzte Notherbe einen aliquoten Theil an allen Sachen der Erbschaft beanspruchen könne, sei grundlos und stehe mit den entschiedensten Aussprüchen der Gesetze, z. B. L. 33 pr. C. de inoff. test. L. 36 pr. eod. §. 3 Inst. eod. und Nov. 115. c. 5 pr., im Widerspruche.

Stryk, cautela testam. cap. 17. memb. 2. §. 12.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 328 f.
Francke, Notherbenrecht S. 393 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 135 u. 141.

Justinian erkläre vielmehr ausdrücklich eine Einsetzung auf eine gewisse Sache für genügend; erhalte der Notherbe dadurch seinen Pflichttheil, so müsse er sich auch damit begnügen, fehle ihm etwas am Pflichttheile, so bestimme Justinian in Nov. 115. c. 5 ausdrücklich: quidquid autem minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias leges ab heredibus impleri.

Also Justinian sei weit davon entfernt, den auf eine Sache Angewiesenen als Universalsuccessor zur Quote seines Pflichttheils zu behandeln, was schon gegen die gewöhnlichen Rechtssätze verstoßen würde; er gebe ihm vielmehr, wenn er nicht seinen vollen Pflichttheil habe, nur die actio suppletoria auf vollständige Auszahlung des Pflichttheils, und diese gehe nur auf Ergänzung des Pflichttheils durch eine Geldsumme.

Francke, Notherbenrecht S. 394.
Langenn und Kori, Erört. prakt. Rechtsfr. Th. 1. Nr. 4. S. 30.
Kind, quaest. for. T. II. cap. 61.
Stryk, cautela test. cap. 17. membr. 2. §. 12.
Westphal, von Testam. §. 399.

Natürlich könne der Pflichttheilsberechtigte zur Ausmittelung der Erbschaftsmasse zugleich eine Inventarisation und Schätzung des Nachlasses fordern.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 686.

Präjudiz 1.

Aus den Motiven einer oberrichterlichen Entscheidung entnehmen wir was folgt:

Wenn auch angenommen werden müßte, daß ein testirender Erblasser den ihm gegen seine Descendenten nach der Nov. 115 obliegenden Pflichten nicht durch bloße Erbeinsetzung derselben Genüge leistet, vielmehr nach cap. 5 der gedachten Novelle erforderlich ist, daß den eingesetzten Notherben etwas von dem Nachlasse hinterlassen werde; so ist doch im vorliegenden Falle, da dem Appellanten der Nießbrauch an einem Theile des Vermögens seiner Mutter hinterlassen worden, hierdurch den Vorschriften der Nov. 115 Genüge geleistet worden, ohne daß es bei der dermaligen auf Rescission des Testaments gerichteten Klage darauf ankommt, ob und inwieweit bei der hiervon verschiedenen Klage auf Ergänzung des Pflichttheils auf diesen der hinterlassene Nießbrauch in Anrechnung zu bringen ist.

Der Nießbrauch bildet nämlich einen Vermögenstheil, welcher hinterlassen werden kann, und die Bestimmungen der C. 32 und 36 de inoff. test. (3, 28), wonach der Pflichttheil nicht mit Nebenbestimmungen beschwert und aus der Substanz des Vermögens ergänzt werden soll, haben nur die Ansprüche auf Ergänzung des Pflichttheils zum Gegenstande; enthalten mithin, wenn man die erwähnten Gesetze bei der späteren Anordnung der Nov. 115 noch berücksichtigen könnte, keine Vorschrift darüber, daß bei einer Erbeinsetzung auf den Nießbrauch kein Bestandtheil des Vermögens des Erblassers als dem eingesetzten Notherben hinterlassen zu betrachten sei.

Hiernach stellt sich die von dem Appellanten auf Rescission des Testamentes angestellte Klage als unbegründet dar.

Entsch. des OAG. zu Cassel vom 9. Sept. 1837.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 277.

Präjudiz 2.

Höchstrichterlich wurde erkannt:

Das Testament eines Meiers, welcher schon bei Lebzeiten kraft deutschrechtlichen Erbvertrags seinen ältesten Sohn in den Besitz des Meiergutes gesetzt hat, kann, wenn in demselben des erfolgten deutschrechtlichen Stellabtretungsactes Erwähnung geschehen ist, in Ermangelung einer giltigen Enterbung des ältesten Sohnes, nicht mit Berufung auf die römischrechtlichen Formvorschriften über Einsetzung von Notherben, sondern zutreffenden Falls nur mit der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils angefochten werden.

Erk. des OAG. zu Celle (erster Senat) vom 29. Jun. 1855, in S. Nordholz c. Nordholz, wegen Anerbenrechts.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 67.

IV.

Streitig ist, welche Klage der Notherbe hat, wenn er zwar eingesetzt, ihm aber überhaupt nichts, sowenig mittelbar als unmittelbar, zugewandt ist.

Einige meinen, wenn es sich auch nicht verkennen lasse, daß sowohl nach den Bestimmungen des Codex als nach der Natur der Sache eine Ergänzungsklage eine Anweisung irgend eines Theils der Erbschaft, ein Etwas, voraussetze, was ergänzt werden könne, so liege in jener Disposition auch ein Etwas, wenn auch Ungewisses, nämlich die Möglichkeit des jus accrescendi. Es finde also nach Nov. 115 die actio supplet. statt.

v. Bülow, Abhandl. über einzelne Theile des röm. bürgerl. Rechts Th. 1. Abth. 10.

Andere meinen, wenn auch von einer Ergänzungsklage keine Rede sein könne, schon deshalb, weil ungewiß bleibe, ob die Hoffnung des Accrescirens in Erfüllung gehe, und auf wie viel eigentlich ergänzt werden solle, so sei doch nicht zu verkennen, daß durch die institutio der Nov. 115 Genüge geleistet sei. L. 17 §. 3 D. de hered. inst. Es müsse also die querela inofficiosi test. stattfinden.

Zimmern im civil. Archiv Bd. 8. S. 155.

Eine Erbeseinsetzung auf nichts sei nicht besser wie gar keine Einsetzung und könne deshalb das Testament nicht vor Anfechtung schützen; denn Justinian habe es nicht für genügend erklärt, daß man die Notherben bloß „Erben" nenne, sondern nur das erkläre er für giltig: si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti. Er habe also gar nicht daran gedacht, ein Testament, worin einem Notherben gar nichts hinterlassen worden, für formell giltig zu erklären; sondern während er im Codex es gestattet habe, auf jegliche Art die Pflichttheilsberechtigten zu bedenken, solle dieses nach der Nov. nicht einmal mehr genügen, sondern es solle dieses Bedenken durch Erbeseinsetzung geschehen; also müsse es auch nothwendig eine Erbeseinsetzung auf Etwas sein.

Francke, Notherbenrecht S. 394.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 689.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 239.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 322. Bd. 37. S. 366.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 141.

V.

Streitig ist, ob gegen die Nov. 115 gefehlt sei, wenn der Testator sagt: „Weil meine Kinder erster Ehe ihre väterliche und mütterliche Erbschaft bereits erhalten haben, so setze ich meine Kinder zweiter Ehe zu Erben ein."

Einige meinen, jene Bestimmung würde giltig sein, vorausgesetzt, daß das Voremprangene zu den Objecten gehöre, welche in den Pflichttheil einzurechnen seien. Denn in jenen Worten liege, daß der Pflichttheilsberechtigte einen Theil der Erbschaft erhalte, und die spätere Anordnung könne nicht für eine Ausschließung gehalten werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 321.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 683.

Andere gehen noch weiter, und nehmen an, der Notherbe könne nicht queruliren, wenn der Erblasser bestimme: „Mein Notherbe solle mit dem zufrieden sein, was er bereits bei meinen Lebzeiten von mir erhalten habe." Dem Notherben stehe in diesem Falle nur die actio suppletoria zu, er könne aber das Testament nicht anfechten.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 115.
Leyser, sp. 356. med. 9.
de Behmer, in novo jure controv. T. II. obs. 61.
Höpfner, Instit. §. 473. Not. 2.

Andere meinen, diese Disposition sei einer Erbeinsetzung der Kinder erster Ehe geradezu entgegen, enthalte also eine Präterition derselben und mache das Testament nichtig, wegen Nov. 115. c. 5 u. §. 12 Inst. de hered. quae ab intest.

Struben, rechtl. Bed. Bd. 3. S. 95.
Wahl, de justa liberos heredes instituendi forma §. 18.
Francke, Notherbenrecht S. 60.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 321. Not. 46.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 141 u. 142.

Präjudiz 1.

Durch die bloße Einsetzung des Notherben zum Miterben wird an sich der Schuldigkeit des Testirers gegen denselben kein Genüge geleistet, sondern es muß auch dem Notherben der Pflichttheil, zu welchem er berechtigt ist, ganz oder wenigstens zum Theil zugewendet werden. Falls ihm nichts aus dem Vermögen des Testirers zu Theil geworden ist, was er auf seinen Pflichttheil sich anrechnen zu lassen hat, kann das Testament in dieser Rücksicht als inofficiös von ihm angefochten werden, während im entgegengesetzten Falle ihm nur die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils zu Gebote steht.

Ein Vater hatte in seinem Testamente seine 5 Kinder zu Erben eingesetzt, und weiter verfügt, daß, „da seine Kinder mit Ausnahme des Wiegand bereits gänzlich abgefunden, und sich von seinem jetzt noch übrigen Vermögen nichts mehr erfreuen könnten," seinem genannten Sohn Wiegand sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen allein zufallen solle.

Diese Verfügung wurde oberrichterlich in dem Sinne verstanden, daß die andern Kinder mit dem sich begnügen sollten, was sie bereits vom Disponenten erhalten hätten, und folgeweise angenommen, daß sich diese Erbeinsetzung nach dem Inhalte des Testaments selbst als gegenstandslos nicht darstelle.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 27. Jan. 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 66.

VI.

Streitig ist, ob die Kinder der väterlichen Erbschaft für verlustig erkannt werden, wenn sie gegen ihre Eltern sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht, diese aber sie nicht enterbt haben.

Einige bejahen dies, und gestatten der Obrigkeit, Kinder ihres Erbtheils für verlustig zu erklären, wenn sie z. B. die Eltern gröblich injuriirt hätten. Ihr Erbtheil werde ihnen dann von dem Fiscus, als Unwürdigen, genommen, obgleich ihre Eltern sie deswegen nicht enterbt hätten, sondern ohne Testament verstorben sein sollten. Denn es sei hier ein Verbrechen begangen, welches die Obrigkeit bestrafen müsse; auch folge aus L. 9 pr. u. §. 1 D. de his quae ut indign., daß, wenn zwischen dem Vermächtnißnehmer und dem Erblasser Feindschaften entstanden, oder jener diesen gröblich injuriirt habe, derselbe das Vermächtniß verliere.

Mecii decis. Part. 4. dec. 184 et 185. Part. 5. dec. 152 et 153.
Struv ad Matthaei tr. success. cap. 5. §. 31.

Andere meinen, aus jenen Gründen folge noch nicht, daß die Kinder ihres Erbtheils verlustig würden, da überhaupt niemals der Verlust eines Erbrechts erkannt werden könne, als wo die Gesetze solchen auf eine Handlung gesetzt hätten; die L. 9 cit. aber rede bloß von Vermächtnissen.

Stryk, de succ. ab int. diss. 12. cap. 2. §. 34.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 170.

VII.

Streitig ist, ob die Bestimmung im Testamente: „Wenn mein Sohn vor mir stirbt, so soll Cajus mein Erbe sein", eine Präterition des Sohnes enthalte. L. 16. §. 1 in f. D. de vulg. et pup. subst.*)

Einige meinen, dieser in der L. 16 cit. erwähnte Satz: daß der Sohn als präterirt zu betrachten sei, müsse als bloße Folge des alten römischen Formularwesens angesehen werden, und da dieses schon im neueren römischen Rechte aufgehoben sei, so sei dies Gesetz heutzutage nicht mehr anwendbar.

Wahl, diss. de justa liberos heredes instituendi forma §. 18 et 25.
Heisler, de liberis positis in conditione compreh. etiam in dispositione §. 18.
Höpfner, Instit. §. 474. Not. 4.

Andere meinen, daß jener Rechtssatz in der Natur der Sache begründet und den Regeln des Civilrechts vollkommen gemäß sei. Es beruheten auch auf diesem Satze eine Menge anderer Entscheidungen des römischen Rechts, welche heutzutage alle unnütz sein würden, wollte man jenen Satz als Folge des römischen Formelrechts für antiquirt halten. Die Bestimmung des Vaters in der L. 16 cit. bedeute vielmehr so viel, daß der Vater sein Kind, dessen er in seinem Testamente bloß in einer solchen bedingten Redeweise, wie in der L. 16 cit. geschehen sei, erwähne, auch heutzutage nicht etwa stillschweigend eingesetzt, sondern präterirt habe.

Stryk, cautela test. cap. 16. §. 3.
Harprecht, diss. de tacita hered. institut. Nr. 5.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1286. Not. a.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 202.

*) L. 16. §. 1 in f. de vulg. et pup. subst.: Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, si vivo se decedat, potest dici non rumpi superius testamentum: quia secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.

VIII.

Streitig ist, was Rechtens sei, wenn ein Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten Grade aber eingesetzt, also dem eingesetzten Erben vulgariter substituirt ist.

Einige meinen, die Vulgarsubstitution sei wie eine jede andere bedingte Einsetzung zu behandeln, weshalb die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen wäre.

Mühlenbruch in Glück's P. Bd. 37. S. 218—222.

Andere meinen, die Wirkung, wenn der Notherbe nur vulgariter substituirt sei, sei keineswegs einer bedingten Erbeinsetzung gleich zu achten; es würden vielmehr nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren der Notherbe nicht eingesetzt sei, beseitigt, und der Notherbe erbe mit den in gleichem Grade eingesetzten Erben als testamentarischer Erbe. Dies sei der Analogie des ältern Rechts gemäß, welches die verschiedenen Grade der Erbeinsetzung als mehrmalige selbständige Vergebungen der ganzen Erbschaft betrachte, und daher nur bei jedem insbesondere frage, ob in Ansehung derselben der Notherbe eingesetzt oder enterbt sei; die Befolgung dieser Analogie sei hier ganz unbedenklich.

Francke, Notherbenrecht S. 397.
Heumann in Gieß. Zeitschr. Bd. 17. S. 239—45.
v. Vangerow, Pand. §. 484.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 144.

IX.

Nach älterem Rechte hatte die Schmälerung des Pflichttheils durch Bedingungen, Zeitfristen und dergl. die Folge, daß der Notherbe das Testament durch die inofficiosi querela anfechten konnte.

Streitig ist, ob obige Vorschrift des älteren Rechts, wonach der Sohn unter keiner anderen als rein potestativen Bedingung eingesetzt werden darf, wenn man ihn nicht unter der entgegengesetzten Bedingung förmlich enterbt, auch noch im neueren Rechte bestehe.

Einige meinen, nachdem Justinian die actio suppletoria eingeführt habe, L. 30 C. de inoff. test., so habe er consequenter Weise auch wegen Schmälerung des Pflichttheils durch Bedingungen u. s. w. nicht mehr Ungiltigkeit des Testaments eintreten lassen wollen, vielmehr solle jede solche Nebenbestimmung, soweit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt oder verzögert werde, schlechthin ungiltig sein. L. 32 C. eod.

Westphal, von Testam. §. 404.
Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsf. Bd. 2 Nr. 16. §. 6.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 75.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 133.
Francke, Notherbenrecht S. 246.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 324.

Andere gehen davon aus, daß zu der Zeit, wo die L. 32 C. cit. erlassen sei, die Nothwendigkeit einer förmlichen Einsetzung oder Enterbung für gewisse Notherben noch bestanden habe, und diese Nothwendigkeit sei durch jenes Gesetz nicht aufgehoben. Die älteren Gesetze also seien durch jenes Gesetz nicht aufgehoben, und ein Testament sei wenigstens in dem Falle null und nichtig, wenn darin ein suus heres, er sei Sohn, Tochter oder Enkel, unter einer Potestativbedingung eingesetzt worden, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu sein. L. 4 C. de institut.

Donellus, Comm. lib. 4. c. 12.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. de cond. instit. §. 4.
Vinnius, Comm. ad §. 9 Inst. de hered. instit.
G. Fein, de herede suo sub conditione instituto (1774) §. 34.

X.

Streitig ist, ob der Enterbungsgrund schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen sein müsse, oder ob die Enterbung bedingt gefaßt werden dürfe.

Einige meinen, es sei zulässig, im voraus für den Fall, daß sich ein Notherbe bis zum Tode des Erblassers eines die Enterbung rechtfertigenden Betragens schuldig mache, die Enterbung auszusprechen, da es ja wesentlich nur auf die Todeszeit ankomme, und es daher genügen müsse, wenn in diesem Zeitpunkte der angegebene Enterbungsgrund wirklich eingetreten sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 232.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 282.
Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 13. S. 353.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 147.
Sintenis, Civilr. §. 195. Not. 2.

Andere verneinen diese Frage, weil Justinian in der Nov. 115 nur an solche Gründe denke, welche zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden seien. Es müßten also in Beziehung auf bedingte Enterbungen für alle Notherben die Bestimmungen des früheren Rechts als geltend betrachtet werden, wonach eine bedingte Enterbung eine Präterition enthalte. Endlich aber komme es bei Beurtheilung des Testaments nicht auf die Todeszeit des Testirers an, sondern die Zeit der Testamentserrichtung sei die entscheidende, und da der spätere Eintritt der Bedingung die anfängliche Ungiltigkeit der Enterbung nicht aufheben könne, so müsse immer die Wirkung der Präterition eintreten.

v. Vangerow, Pand. §. 484.
Heumann in Gießer Zeitschr. Bd. 17. S. 248.

Vergl.

Francke, Notherbenrecht S. 401.

XI.

Streitig ist, ob ein postumus unter einer Bedingung giltig enterbt werden könne.

Einige meinen, es komme darauf an, ob die hinzugefügte Bedingung zur Zeit des Erscheinens des postumus erfüllt sei, oder nicht. Im letzten Falle sei ohne allen Zweifel das Testament rumpirt, weil die bedingte Enterbung ungiltig gewesen sei; im ersten Falle bleibe das Testament bestehen, weil nun der agnoscirende Postumus unbedingt enterbt sei, arg. L. 3. §. 3 D. de injust. test. L. 1. §. 5 D. de ventr. in poss. 37, 9.

Förster, de bonor. poss. contra tabb. p. 124.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 236. Not. 12.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 892.

Andere meinen, auch in dem Falle, wenn bei dem Erscheinen des postumus die Bedingung eingetreten wäre, sei die Enterbung eine ungiltige. Denn der allgemeine Grundsatz lasse sich so weit nicht ausdehnen, daß das Recht der Testamente nach der Zeit, wo der postumus erscheine, zu beurtheilen sei. Vielmehr führe eine consequente Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu dem Resultate, daß das Testament nicht gelten könne, wenn der postumus sich nicht unbedingt enterbt finde; für gehörig enterbt könne er aber nur gehalten werden, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten sei, indem diese ja jetzt seinem Erbrechte im Wege stehe.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 422.

XII.

Wenn Jemand unter einer Bedingung, jedoch unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, enterbt wird, und die Bedingung deficirt, so streitet man, welche Wirkung dann die bedingte Enterbung habe.

Einige meinen, in einer bedingten Enterbung liege stets eine stillschweigende Erbeinsetzung unter der entgegengesetzten Bedingung, es würde hiernach dann das Testament bestehen bleiben, und der Notherbe eingesetzt sein.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 227 f.

Andere meinen, eine solche stillschweigende Erbeinsetzung anzunehmen, sei bedenklich; denn dieses könnte unter Umständen mit den übrigen Anordnungen unvereinbar sein, und man könne auch nicht bestimmen, auf welchen Erbtheil der bedingt Enterbte eingesetzt sein solle. Es scheine deshalb richtiger, sich nur daran zu halten, daß keine vom Erblasser gewollte Ausschließung, als welche er deficiente conditione wirklich nicht würde gewollt haben, aber auch keine Einsetzung des Notherben vorliege, also das Testament rücksichtlich der Erbeinsetzung wegfallen müsse.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 146.

XIII.

Die Enterbung kann, wenn nur ein wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, auch unter einer Bedingung angeordnet werden, ebenso wie der Notherbe in jenem Falle auch unter einer Bedingung eingesetzt werden kann; dies ist wenigstens unzweifelhaft, wenn der Notherbe unter einer Bedingung enterbt, und unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist; denn dieses war auch nach dem ältern Rechte in Ansehung der sui giltig.

Streitig ist aber, ob die bedingte Ausschließung für giltig angesehen werden kann, auch wenn der Notherbe nicht unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist.

Einige bejahen dies unter der Voraussetzung, daß die Bedingung zur Zeit des Todes schon erfüllt sei; denn alsdann finde sich der Notherbe zur Zeit des Todes rechtmäßig enterbt, und nur darauf komme es ja an.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8 S. 145.
Francke, Notherbenrecht S. 397.

Andere meinen, bei allen Notherben komme die Vorschrift des älteren Rechts in Betracht, und danach sei die bedingte Enterbung schlechthin nichtig.

Puchta, Pand. §. 293.
Heumann in Gießer Zeitschr. Bd. 17. S. 247.

Andere wollen diese Vorschrift des älteren Rechts wenigstens bei den sui und Emancipirten zur Anwendung bringen.

v. Vangerow, Pand. §. 484.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 222.

XIV.

Ebenso streitet man, ob die bedingte Ausschließung giltig sei, wenn die Bedingung zur Zeit des Todes noch nicht erfüllt, der Enterbte auch nicht unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzt ist.

Einige erklären auch dieses für giltig, denn das Ge-

setz verbiete nur die Ausschließung ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes, verbiete aber nicht, denjenigen, den man völlig ausschließen könnte, nur unter einer Bedingung auszuschließen.

Arnets im Rechtslexikon Bd. 8. S. 146.

Andere verneinen in diesem Falle die Frage, weil sonst die Giltigkeit des Testaments noch nach dem Tode des Erblassers einer Ungewißheit unterworfen sei, weshalb der Notherbe für präterirt angesehen werden müsse.

Francke, Notherbenrecht S. 401.

Vergl.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 282.

XV.

Streitig ist, welche Wirkung es nach Nov. 115. c. 3 habe, wenn der Notherbe nicht anders als bedingt eingesetzt, und die Bedingung zur Zeit des Todes noch nicht erfüllt ist.

Einige meinen, in diesem Falle gelte die Bedingung als nicht beigefügt; denn man müsse die L. 32 C. de inoff. test. auch auf das Recht der Nov. 115 anwenden.

Westphal, von Testam. §. 404.
Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsf. Bd. 2. S. 12.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 47.
(Hiergegen siehe Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 330.)

Andere stimmen diesem bei, jedoch mit der Modification, daß durch die L. 32 cit. den Bestimmungen des formellen Notherbenrechts der sui heredes über bedingte Erbeinsetzung nicht derogirt sei. Denn wenn ein suus heres unter einer Bedingung eingesetzt sei, so sei das Testament null und nichtig.

Donellus, Comment. jur. civ. lib. 6. c. 12.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. tit de condit. instit. §. 4.
Vinnius, Comment. ad §. 9 Inst. de hered. instit.
Höpfner, Instit. §. 491. Not. 8.
Heumann in Gieß. Zeitschr. Bd. 17. S. 232—39.
(Hiergegen siehe Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 358.)

Andere meinen, nur in dem Falle sei die Bedingung für nicht hinzugefügt zu betrachten, wenn sie eine rein zufällige oder gemischte, nicht aber wenn sie eine rein potestative sei. In Ansehung der Wirkung für die sui gelte allerdings noch das ältere Recht, es trete also totale Nichtigkeit des Testaments ein; daß aber für andere Descendenten und Ascendenten die Bedingung als nicht hinzugefügt gelte, folge daraus, daß dieselben auf förmliche Ausschließung irgend einer Art keinen Anspruch hätten, vielmehr schade die bloße Präterition der Giltigkeit des Testaments nicht, wenn nur einer der gesetzlichen Ausschließungsgründe angegeben sei.

v. Vangerow, Pand. §. 484.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 217.

Andere meinen, die bedingte Erbeinsetzung, wenigstens wenn die Bedingung nicht eine potestative sei, solle ungenügend sein, und das Testament ungiltig werden, gleichwie wenn der Notherbe gar nicht eingesetzt wäre. Denn mit der Erweiterung des (formellen) Notherbenrechts sei die Ausdehnung der nach älterem Rechte nur für sui bestandenen Regeln über die bedingte Einsetzung eingetreten.

Huber, prael. ad Inst. tit. de exhered. inst. §. 7.
Stryk, de cautela testam. cap. 16. §. 32 in f.
Francke, Notherbenrecht S. 385 u. §. 4.
Puchta, Pand. §. 484, vergl. mit §. 493.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 365 u. 384.

Andere meinen, daß zwar die Einsetzung unter potestativen Bedingungen einer unbedingten gleich zu achten sei. Die Vorschrift der L. 32 C. 3, 28 aber darauf anzuwenden, dazu seien wir, sofern nicht der Pflichttheil dadurch beschränkt werde, nicht berechtigt, da dieses Gesetz, nur wenn der Pflichttheil beschränkt werde, nicht aber schlechthin, die Bedingung für unwirksam erkläre. Was aber die andern Arten von Bedingungen betrifft, so müsse man nach der Natur der Sache behaupten, daß eine so bedingte Einsetzung nach Nov. 115 dem Erblasser nicht gestattet sei; also müsse die Folge eintreten, welche die Nichtbeachtung der Novelle nach sich ziehe.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 143.

Andere meinen, bedingte Enterbungen, also auch Enterbungen unter potestativen Bedingungen seien für alle Notherben, also nicht allein für die sui, nach der Nov. 115 so unzulässig wie früher für die des ältern Rechts.

Sintenis, Civilr. §. 195. Not. 2.

XVI.

Gewöhnlich wird der Satz aufgestellt, daß nach Civilrecht die sui nicht bedingt eingesetzt werden dürfen — und dies gilt sogar von unmöglichen Bedingungen, welche sonst für nicht hinzugefügt erachtet werden. L. 15 D. de condit. instit. Diese Regel wird dadurch näher bestimmt, daß die bedingte Erbeseinsetzung giltig ist, wenn der Eingesetzte auf den entgegengesetzten Fall enterbt, und die Entscheidung schon beim Leben des suus eingetreten ist; sonst gilt er dennoch für präterirt. L. 28 D. de lib. et post.

Streitig ist aber, ob das Testament aufrecht erhalten werde, wenn der suus unter einer unmöglichen Bedingung eingesetzt und eventuell enterbt ist.

Einige meinen, das Testament sei hier aufrecht zu erhalten, arg. L. 16 D. de condit. instit.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 469.

Andere meinen, die Enterbung sei als unwirksam zu betrachten; denn da jene Bedingungen bei Testamenten überhaupt rechtlich keine Bedeutung hätten, so müsse auch die auf den Fall ihrer Nichterfüllung ausgesprochene Enterbung unwirksam sein. Was nicht erfüllt werden könne oder dürfe, das sei überall kein Gegenstand einer rechtlich bindenden Auflage; es würde daher in sich widersprechend sein, dennoch davon irgend eine juristische Folge abhängig zu machen.

Francke, Notherbenrecht S. 55.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 385.
Sintenis, Civilr. §. 195. Not. 2.

D. Wirkungen und Klagen*).

I.

Streitig ist, ob die Beurtheilung der Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines Testa-

*) Siehe auch actio ad supplendam legitimam, desgleichen querela inoff. testam. und querela inoff. donat.

ments in Folge der Nov. 115 sich nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder der Erbschaftsdeiation richte.

Einige meinen, die Todeszeit des Testirers sei der entscheidende Zeitpunkt. Hiernach komme es nur darauf an, ob der zur Todeszeit nächste Notherbe eingesetzt oder giltig enterbt sei; sei zu dieser Zeit kein Notherbe mehr vorhanden, so bestehe das Testament als giltig und wirksam, wenn auch zur Zeit der Errichtung desselben ein Notherbe vorhanden gewesen, welcher vom Testator übergangen sei. Nach Geist und Zweck der Nov. 115 sei dies anzunehmen; der Zweck falle nämlich offenbar weg, wo keine parentes vel filii vorhanden seien, quos a testamentorum injuria liberos reddamus.

Francke, Notherbenrecht S. 383.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 256. Bd. 39. S. 33.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 683.

Andere meinen, die Zeit der Testamentserrichtung sei der entscheidende Zeitpunkt, nach welchem die Nichtigkeit der Erbeseinsetzung zu beurtheilen sei, so daß auch durch den spätern, bei Lebzeiten des Testators erfolgten Wegfall des zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen Notherben, die Nichtigkeit der Erbeseinsetzung und der darauf zu gründende Eintritt der Intestaterbfolge nicht abgewendet werde. Siehe die ausführlichen Gründe in

Heumann in Gießer Zeitschrift Bd. 17. S. 172 bis 206.

Präjudiz 1.

Der Wundarzt C. G. Dreher hinterließ bei seinem Ableben einer Wittwe und drei Kinder aus verschiedenen Ehen. Nach seinem Tode blieb die Wittwe im Besitz des ganzen Nachlasses, und verweigerte dem Kläger und Appellanten, dem ältesten Sohne des defuncti, Theilung und Herausgabe dessen Erbtheils. Dieser stellte deshalb eine Klage auf Erbtheilung an. Die Appellatin berief sich auf ein am 23. Jan. 1821 errichtetes Testament des Defunctus, in welchem die Parteien, eine Tochter Emilie Ernestine und eine Tochter Antoinette Caroline, welche jedoch beim Leben des Testators bereits gestorben war, zu Erben eingesetzt, daneben aber der Appellatin Besitz und Genuß des ganzen Vermögens auf Lebenszeit vermacht war. In der Replik bemerkte Appellant, daß dieses Testament rumpirt und deshalb nicht zu beachten sei, weil nach Errichtung desselben ein noch jetzt am Leben befindlicher postumus geboren sei. Eventuell aber könne Appellant seinen Pflichttheil, den kein gravamen treffen könne, fordern.

Dieser Umstand ward in der Duplik zugestanden.

Das LG. bestätigte unterm 30. Juni 1834 das abweisende Erkenntniß des KG. aus folgenden Gründen:

Da der Kläger nicht befugt ist, auf den Grund der Ruption des Testaments seines Vaters vom 23. Jan. 1821 durch die Agnation eines Postumus seinen Intestaterbtheil zu fordern, die Intestaterbfolge in den Nachlaß seines Vaters vielmehr erst dann, wenn der agnoscirte Postumus dasselbe als rumpirt angefochten und dadurch beseitigt haben würde, folgeweise auch für ihn eintritt, die suppletorische Klage aber von dem Kläger nicht angestellt ist, so wird die Appellation abgeschlagen.

Auf ergangene Appellation reformirte das OLG. wie folgt:

. . wird für Recht erkannt:

daß die Sache als devolvirt anzunehmen, das decr. in vim publicati des KG. vom 22. März 1834, auch der rejectoriche Bescheid des LG. vom 30. Juni e. a. aufzuheben, der Appellant zur Anstellung der Klage aus seinem Intestaterbrechte für befugt zu halten, mithin über die Klage und die Verhandlungen darauf, eventuell auch über den vom Appellanten auf seinen unbeschwerten Pflichttheil beschränkten Anspruch, wie über die Kosten erster Instanz was Rechtens anderweit zu erkennen rc.

Gründe:

Die Devolution der Sache ist deshalb angenommen, weil der Gegenstand des Anspruchs des Appellanten sein Erbrecht ist, und dieses zu den Rechten gehört, welche ihrer Natur nach eine Werthschätzung nicht zulassen, auch von dem Erbtheile, als einer universitas bonorum, die darauf haftenden Schulden nicht abzusetzen sind.

L. 3 pr. D. de bonor. poss. 37, 1.

Was die Sache selbst betrifft, so zerstörte die Geburt des postumi das Testament des Erblassers, und nach dessen Tode wurde, wie nach älterem römischen Rechte,

pr. Inst. de heredit. quae ab intest. 3, 1.

so auch nach Nov. 115. c. 3 a. E., wenn gleich mit verschiedenen Wirkungen hinsichtlich auf die Verfügungen im Testamente außer der Erbeinsetzung, die Intestaterbfolge ipso jure für alle gesetzlichen Erben eröffnet. Das Recht eines jeden Interessenten auf Anstellung der heredit. petit. intestati ist daher ein selbständiges Recht, und ganz unabhängig von einer Nichtigkeitsklage des auch ohne diese ebenfalls schon ipso jure zur Intestaterbfolge mit berufenen postumi. Der Appellant brauchte die seiner Klage entgegengesetzte Einrede des Testaments nur als unbegründet in der Replik abzuleugnen, und konnte von der Appellatin die Rechtfertigung ihrer Einrede, wie das rumpirte Testament aufrecht zu erhalten sei, erwarten.

Auf die ausgesprochene Befugniß des Appellanten zur Anstellung der Klage aus seinem Intestaterbrechte muß jedoch diese Entscheidung sich beschränken, und über die weitern Verhandlungen, namentlich über die von der Appellatin behauptete Anerkennung des Testaments von Seiten des Appellanten, wie eventuell darüber, ob auch die übrigen Verfügungen im Testamente außer der Erbeinsetzung mit dieser fallen, oder ob dieselben, wenngleich diese wegfällt, nach dem Schlusse der Nov. 115. c. 3 stehen bleiben, ingleichen ob im letztern Falle der Appellant seinen Pflichttheil sofort unbeschwert fordern könne, worauf derselbe in Folge der Einreden der Appellatin seinen Klagantrag zu beschränken befugt war, ist zuvörderst in erster Instanz was Rechtens zu erkennen.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 30. Juni 1835, in S. Dreher c. Dreber.

II.

In Nov. 115. c. 3 in f. ist vorgeschrieben, daß bei Präterition des Haussohnes giltig bleiben sollen: legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari.

Streitig ist, was unter alia capitula zu verstehen sei.

Einige meinen, daß Enterbungen unter den alia capitula begriffen seien, so daß der rechtmäßig Enterbte, wenn durch einen andern Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt werde, an dieser gleichwohl keinen Theil nehmen könne. Von den Anhängern des Inofficiositätssystems, welche zugleich der Ansicht sind, daß auch in Folge der querela inoff. der rechtmäßig Enterbte von der Erbfolge ausgeschlossen bleibe, wird dies consequent behauptet, und sie finden darin zugleich ein Argument mehr für die Richtigkeit ihres Systems.

Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 284 u. 287.
Warnkönig, Comm. jur. R. priv. III. §. 1032.
Der Recensent von Francke's Notherbenrecht in Schunck's Jahrb. Bd. 19. S. 261.

Aber auch von denjenigen wird es angenommen, welche überhaupt die Rescission des Testaments nicht zu Gunsten aller Intestaterben, sondern nur zu Gunsten der nicht rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben wirken lassen, und zwar nach Analogie der bon. poss.

contra tabulas, welche ebenfalls den giltig Enterbten nicht zugestanden habe. L. 8 pr. D. de bon. possess. contr. tabb. 37, 4.

Puchta, Pand. §. 493. Not. k. l.

Andere meinen, nicht nur die Enterbungen, sondern auch die Erbeinsetzung anderer Notherben gehörten zu den alia capitula, denn es müsse doch unter alia quaecunque capitula noch etwas mehr als Pupillarsubstitution verstanden werden, und alles Andere außer Enterbungen sei in der Nov. vorher schon besonders genannt.

Mayer, Gebrecht Bd. 1. S. 284 u. 287.

Andere meinen, daß sowohl die enterbten wie die anderen Intestaterben zu der durch die Rescission der Erbeinsetzung eröffneten Intestaterbfolge berufen wären, wie es nach der richtigen Ansicht auch in Folge der querela inoff. test. der Fall gewesen; dieser consequenteren Annahme stehe auch das Gesetz nicht im Wege, da es in Cap. 3 und 4 zuerst schlechthin Intestaterbfolge anerkenne, und dann bei der Schlußbestimmung, betreffend den sonstigen Inhalt des Testaments, nur solche Verfügungen im Auge habe, welche die eigentliche (unmittelbare) Erbfolge in das Vermögen des Testators nicht angehen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 288. Not. 54a.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 152.

III.

Streitig ist, ob die einem Notherben selber ausgesetzten Vermächtnisse als Prälegate gefordert werden können.

Einige verneinen dies; denn es widerstreite der Consequenz, daß ein solcher Notherbe mehr erhalten solle, wie derjenige, welchen der Testirer einsetze, da er doch gegen diesen eine Liberalität habe ausüben, das Recht des Erstern aber habe vermindern wollen; sodann sei es auch nicht angemessen, daß Jemand Vortheile durch ein Testament erhalte, welches er doch selbst impugnire. Vgl. auch L. 5. §. 2 D. de leg. praest. 37, 5.

Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 263.
Francke, Notherbenrecht S. 389.
Gail, obs. pract. lib. 2. c. 13: Nro. 6.

Andere meinen, es fehle an einem hinreichenden Grunde für jene Ansicht, da das Gesetz allgemein und ohne Einschränkung die Vermächtnisse aufrecht erhalte. Dies könne zwar in einzelnen Fällen zu unbilligen Resultaten führen, wenn andere eingesetzte Notherben nur mit ihrem Intestaterbtheile sich begnügen müßten; aber es könne auch der Fall sein, daß der Notherbe erst durch jene Vermächtnisse seinen Pflichttheil vollaus bekomme, sowie daß dieselben ganz oder theilweise andern, als gleichfalls notherbrechtlichen Personen, zur Last fielen, z. B. Legatarien oder solchen Intestaterben, die überhaupt kein Notherbenrecht haben.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 284 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 153.

IV.

Streitig ist, ob in Ansehung der postumi die Vorschriften der Nov. 115 unbedingt zur Anwendung kommen.

Einige meinen, daß für diese das ältere Recht durch das neue Gesetz nicht abgeändert sei, und nehmen daher an, daß ein giltiges Testament, wie früher, durch agnatio postumi rumpirt werde. Eine Enterbungsursache bei den postumi sei undenkbar.

Voet, Comment. ad P. 5. 2. §. 5.
Malblanc, Dig. III. §. 697.
Gambsjäger, rechtliche Fragen §. 12 u. 13.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 372.

Andere meinen, es fehle an jedem Grunde, das Gesetz, welches allgemein von Descendenten und Ascendenten spreche, nicht auch auf postumi zu beziehen. Wenn auch eine rechtmäßige Enterbung derselben undenkbar sein sollte, so sei nichts destoweniger die Vorschrift, daß der Erblasser seine Descendenten, wenn deren Ausschließung nicht durch einen rechtmäßigen Enterbungsgrund gerechtfertigt sei, zu Erben einsetzen, widrigenfalls das Testament rücksichtlich der Erbernennung unwirksam sein solle, auch auf sie anwendbar, so gut wie nach älterem Rechte die Einsetzung oder Enterbung der sui heredes. Zudem sei in Ansehung der quasi postumi eine Enterbung sehr wohl denkbar, da sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung eines die Enterbung begründenden Verbrechens sich schuldig gemacht haben können, und zwar könne man von solchen quasi postumi jetzt auch in der Klasse der Ascendenten reden, wenn der Sohn z. B. den Vater enterbe, für den Fall, daß sein Kind ihn nicht überlebe. Aber auch in Ansehung wahrer postumi, sofern sie zwar erst nach der Testamentserrichtung, aber doch noch bei Lebzeiten des Testators geboren werden, sei eine wirksame Enterbung nach den Regeln der bedingten Enterbung nicht unmöglich, während freilich die directe Enterbung eines solchen, der erst nach dem Tode des Erblassers geboren werde, nicht stattfinden könne. — Wenn also die Vorschriften der Nov. auch auf postumi und quasi postumi anwendbar seien, so ergebe sich von selbst, daß durch agnatio oder quasi agnatio postumi das Testament nicht mehr, wie nach älterem Recht, rumpirt werde. Es komme nur darauf an, ob zur Zeit des Todes des Erblassers ein Descendent vorhanden sei, der nicht eingesetzt und auch nicht rechtmäßig enterbt sei; alsdann würden die Einsetzungen, und nur diese ungiltig; nur sei dabei, wie überhaupt in Beziehung auf gesetzliche Erbrechte, die Regel zu beobachten, daß der in jenem Zeitpunkte bereits Empfangene, aber noch nicht Geborene, pro jam nato habetur, falls er nachher wirklich rechtsfähig geboren werde.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 154.

Siehe das Pr. 1. zu C. I. in S. Dreyer c. Dreyer.

V.

Streitig ist, ob die Erben des postumi, wenn der präterirte Postumus erst nach dem Tode des Testirers geboren wird und bald darauf stirbt, bevor er über die Erbschaft sich erklärt hat, die Erbschaft in Anspruch nehmen können.

Einige meinen, diese Frage sei zu bejahen; denn der Postumus habe durch seine Geburt nicht nur das Testament rumpirt, sondern sei selbst als suus ipso jure Erbe seines Vaters geworden, so daß die Erbschaft, als

von ihm bereits erworben, auf seine Erben übergehe; und gegen den suus selbst, und demzufolge auch gegen seine Erben sei eine bon. poss. sec. t. stets ohne Wirkung. L. 2 C. de post. hered. inst. 6, 29.

Lauterbach, Coll th pr. P. 28, 3. §. 3—7.
Höpfner, Instit. §. 660. Not. 2.
Francke, Notherbenrecht S. 114.
v. Vangerow, Pand. §. 473.

Andere meinen, die Testamentserben könnten durch eine bon. possess. sec. tab. die Erbschaft in Anspruch nehmen, unter Berufung auf L. 12 pr. D. de inj. rupt. testam.

Duarenus ad Tit. D. de iojust. rupt. test. cap. 3.
Stryk, caut. testam. cap. 24. §. 10.

Siehe das Pr. 1. zu C. I. in S. Dreher c. Dreher.

VI.

Streitig ist, ob durch Nachsuchung der bon. poss. contra tab. das Testament seinem ganzen Inhalte nach ungiltig werde, so daß Intestaterbfolge eintrete.

Einige behaupten dies, gestützt auf L. 1 pr. D. de legat. praest. L. 17 C. de collat. L. 4 C. de lib. praet.

Koch, bonorum poss. §. 8.
Glück, Intestaterbfolge S. 29.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 290.
Mackeldey, Lehrb. §. 661.

Andere meinen, das Testament sei nach Civilrecht giltig errichtet und bleibe giltig; ab intestato könne also Niemand succediren; ebenso wenig trete bon. poss. intestati ein, weil die bon. poss. sec. tab dieser vorgehen würde.

Averanii interpr. lib. 1. cap. 7.
Förster, de bon. poss. lib. praet. p. 381.
Francke, Notherbenrecht S. 136

Vgl. Codicillarclausel c. 13 das daselbst sub 3. angeführte Erkenntniß in S. Mumme c. Theder.

VII.

Streitig ist, ob nach dem Rechte der Nov. 115 zwischen den suis und den non suis hinsichtlich der Rechtsmittel kein Unterschied mehr sei.

Einige meinen, schon in L. 30 C. de inoff. testam. habe Justinian zum großen Theil den Unterschied, welcher früher zwischen den suis und den emancipatis in Betreff des Notherbenrechts bestanden, aufgehoben; denn der Kaiser verordne hier, daß die Nichtigkeit der Testamente wegen Präterition des suus und die bon. poss. contr. tab. des präterirten emancipatus allgemein wegfallen solle, wenn ihnen der Vater irgend Etwas durch Vermächtniß hinterlassen habe, und nur dann, wenn die sui und die emancipati gänzlich übergangen seien, solle noch Nullität, resp. die bon. poss. contr. tab. eintreten können. Nehme man aber diese Interpretation der L. 30 cit. an, so sei es natürlich, die hierdurch angefangene Gleichstellung der agnatischen und cognatischen Descendenten als durch Nov. 115 vollendet anzunehmen, so daß jetzt für alle diese zusammen statt des complicirten alten Rechts die einfache Regel gelte: man müsse sie instituiren, wenn man nicht einen gesetzlichen Enterbungsgrund habe und anführe, wobei es dann auf Anwendung weiterer Formen ganz und gar nicht ankomme.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 103.
Francke, Notherbenrecht S. 341.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 120.

Hiergegen siehe

den Recensenten von Francke in Schunck's Jahrb N. F. Jahrg. 1. S. 252 f.
Fuhr in Gießer Zeitschrift Bd. 7. S. 290.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 103.
v. Vangerow, Pand. §. 486.

Andere meinen, es bestehe überhaupt kein Unterschied; denn in den Fällen, wo die sui die Klage aus der Nov. hätten, stehe diese Klage auch den non suis zu, und brauchten dieselben zu der bon. poss. c. tab. ihre Zuflucht nicht zu nehmen.

Struv, ex. 32. th. 26.
Cocceji, jus eont. 28. 2. qu. 6.
Berger, resol. 28 2.
Stryk, usus mod. 28. 2. §. 3 u. 37. 4. §. 1.
Reinharth ad Christin. Vol. IV. obs. 2.
Sartorius, diss. de bon. poss. quam e. t. par. lib. agn. cap. 2. §. 4.

Andere meinen, daß die Nov. 115 auf den suus und emancipatus dann anzuwenden sei, wenn sie wissentlich vom Vater übergangen sind, nicht aber bei einer Uebergehung aus Irrthum.

Bartolus ad L. 17 D. de inj. rupt. test.

Andere meinen, der Unterschied zwischen suis und non suis sei noch nicht aufgehoben; zwar seien die non sui darin den sui gleichgestellt, daß sie so wenig wie diese ohne rechtmäßige und im Testamente angeführte Ursache enterbt werden könnten; allein es sei der Unterschied geblieben, daß die sui nach den Civilgesetzen, wenn sie präterirt oder nicht gehörig — „non rite" — enterbt seien, oder wenn keine rechtmäßige Ursache im Testamente angeführt sei, das Testament anfechten könnten, die non sui dagegen müßten in allen diesen Fällen bon. poss. c. tab. nachsuchen.

Ant. Faber, de error. pragm d. 14. err. 7.
Vinnius ad §. 5 Inst. de exhered. lib.
de Poll, de praeterit. et exhered. c. 20 u. 21.
Pufendorf, T. 4. obs. 76. §. 10.
Walch, diss. de justa lib. her. inst. forma p. 59.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts Not. 120.
Höpfner, Instit. §. 527.
v. Vangerow, Pand. §. 486.

VIII.

Wird die Querel von Kindern oder Eltern angestellt, so streitet man, ob die in dem angefochtenen Testamente angeordneten Pupillarsubstitutionen bestehen bleiben.

Einige meinen, Pupillarsubstitutionen gingen durch die Querel mit der Erbeinsetzung zu Grunde, weil keine Substitution als eine Art Erbeinsetzung gelten könne, wo die heredis institutio prima wegfalle. Die Pupillarsubstitution aber sei eine pars et sequela testamenti paterni, welche für sich, ohne das väterliche Testament, nicht bestehen könne.

Riebler in expos. Auth. C. Just. insert. p. 238.
Madihn in opusc. vicissitudines substitut. exemplaris ejusque veram indolem contin. §. 43.
Madihn ad Menckeo. iotrod. in doctrin. de act. for. not. 1180. p. 369.
Hommel, diss. de differ. inter quer. inoff. §. 11.
Madihn, princ. jur. R. de success. §. 159.

Andere meinen, die Pupillarsubstitutionen müßten giltig bleiben, wie sie ja schon nach L. 34. §. 2 D. de vulg. subst. 28, 6 bei der bonor. poss. contr. tab. aufrecht erhalten seien und weil Justinian in Nov. 115 vorschreibe, nur die Erbeseinsetzung solle aufgehoben werden, wenn das Testament aus dem Grunde der Nov. 115 aufgehoben werde; es müßte also schon darum die Pupillarsubstitution giltig bleiben, weil sie doch eigentlich keine Erbeseinsetzung für den Nachlaß des Testators selbst sei, und ferner weil „alia quaecunque capita legibus probata" bei Kräften erhalten werden sollen.

Voet, Comment. ad P. 38. 6. §. 24.
Westphal, von Testam. §. 380.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1316.
Höpfner, Instit. §. 508. Not. 10.
Book, Lehre von der Enterbung §. 26.
Thibaut, System § 970.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 322. Not. 10 u. S. 452.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 286.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 152.

IX.

Wenn aus irgend einem Grunde keine bonor. poss. contra tab. agnoscirt wird, so liegt es in dem Wesen des prätorischen Erbsystems, daß aus einem formell giltigen Testamente die bon. poss. secundum tab. an die Reihe kommt. L. 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11. Sind nun bloß prätorische Notherben präterirt, so daß das Testament jure civ. giltig ist, und es verzichten dann die Präterirten auf die bon. poss. cont. tab. oder fallen vor der Agnition derselben weg, so können die eingesetzten Erben als heredes die Erbschaft antreten. Ist aber ein suus präterirt, so daß das Testament jure civili nichtig ist, und der Präterirte verschmäht die bon. poss. cont. tab., so wird dem eingesetzten Erben die bon. poss. sec. tab. gegeben; diese ist aber sine re. Dieses alles ist nicht bestritten.

Streitig ist aber, ob dem eingesetzten Erben auch alsdann, wenn der suus abstinirt oder verstorben ist, die Befugniß zur bon. poss. sec. tab. und zwar cum re zustehe, und zwar:

A. Im Fall der suus abstinirt.

Einige meinen, der instituirte Erbe habe nur dann die bon. poss. sec. tab. cum re, wenn er selbst der nächste Intestaterbe sei. Man beruft sich auf L. 17 D. de inj. rupt. irr. t., indem die Worte: „ex bono et aequo voluntas tuebitur" so aufgefaßt werden: es würde aus Billigkeitsgründen eine bonor. possess. sec. tab. ertheilt.

Cuiacius, Comm. in tit. D. ad L. 17 D. de inj. rupt. test. T. I. p. 1086.
Donellus ad L. 1—3 C. de post. hered. inst.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 38. 3. §. 3.
Wahl, de justa liberos exheredandi forma §. 17. Not. d.
Dernburg, Beiträge S. 226. Not. 23.

Andere meinen, in der L. 17 cit. sei nicht etwa gesagt, daß dem eingesetzten Bruder die bon. poss. sec. tab. etwa ex bono et aequo gegeben sei, so daß nur geschlossen werden könnte, einem Andern als dem Bruder sei sie nicht einzuräumen, sondern ihr Sinn sei vielmehr, daß der eingesetzte Bruder stets ex bono et aequo alle Legate bezahlen müsse, obwohl nach strengem Civilrecht das ganze Testament, mithin auch die Legate hinfällig seien. — Im vorliegenden Falle sei nun aber die bon. poss. sec. tab. eines jeden institutus cum re, denn den nächsten Intestaterben werde ja die hereditas gar nicht deferirt, weil der suus nach Civilrecht Erbe sei, und trotz der Abstention auch bleibe, L. 2 C. unde lib. 6, 14. Sie hätten also nur eine bon. poss. intestati, und dieser gehe stets die bon. poss. sec. tab. vor. L. 2 de bon. poss. sec. tab. 37, 11.

v. Vangerow, Pand. §. 473.
Francke, Notherbenrecht S. 108 f.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 143.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 93.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 325.

X.

B. Im Fall der suus vor dem Testator verstirbt.

Wenn hier von einem postumus suus die Rede sei, so sei zweifellos, daß die bon. poss. sec. tab. des instituirten Erben cum re sei; wenn aber ein suus jam natus präterirt sei, so meinen Einige, daß es sich ebenso verhalte wie bei dem postumus. Man beruft sich auf die Analogie des Rechts, welches bei dem postumus gilt und auf L. 2 pr. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 und L. 3. §. 14 de bon. libert. 38, 2, so wie auf Gajus II, 119 u. 120.

Stryk, de caut. test. cap. 24. §. 11.
Westenberg, princ. 28. 2. §. 17.
Löhr im Magazin Bd. 3. S. 311.
Förster, diss. de bonor. possess. liberor. praeterit. T. I. §. 2. p. 140. T. II. §. 127. p. 388.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 114
Schunck's Jahrb. Bd. 19. S. 237.
Puchta, Pand. §. 487. Not. b.
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 516.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 94.

Andere wollen in solchem Falle dem eingesetzten Erben nur dann eine bon. poss. cum re einräumen, wenn derselbe zugleich der nächste Intestaterbe sein sollte. Denn die Analogie des Rechts, welches bei dem postumus gegolten, sei an sich mißlich, würde aber jedenfalls den Beweis voraussetzen, daß nicht dieses Recht ein durch kaiserliche Rescripte eingeführtes jus singulare sei. Die Berufung auf die L. 2 cit. L. 3 cit. sei ungehörig, denn die L. 2 rede nur von Ordnungen der bon. poss. und sage da freilich, daß die bon. poss. sec. tab. der bon. poss. intestati vorgehe, aber nicht, daß dieselbe auch im Verhältniß zu heredes legitimi immer cum re sein müsse, und in der L. 3 cit. sei der Eingesetzte der nächste Erbe. Auf Gajus II, 119 u. 120 könne man sich nicht berufen, weil das angeführte Rescript sich nur auf ein Testament beziehe, dem es an äußern Förmlichkeiten des Civilrechts fehle. Dagegen spreche für die Ansicht, welche dem eingesetzten Erben nur dann die bon. poss. cum re zuspricht, wenn derselbe zugleich der nächste Intestaterbe sei, sowohl Gajus II, 148 u. 149 und L. 7 de lib. et post. hered. int., als auch die L. 12 pr. de inj. rupt. irrit. test. Denn das test. injustum, d. h. hier dasjenige Testament, in welchem ein suus jam natus präterirt worden, sei

nur dann dem test. ruptum gleichgesetzt, si bon. poss. data sit ei, qui rem ab intestato auferre possit. Sei aber ein suus jam natus präterirt, und ein Anderer als der nächste Intestaterbe zum Erben eingesetzt, so sei die bon. poss. des institutus sine re, und das civile Erbrecht gehe derselben vor.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 473.
Francke, Notherbenrecht S. 115.
Fabricius, Urspr. und Entw. d. bon. poss. S. 111.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 110.
und die zahlreich bei Francke cit. S. 115. Not. 36 Allegirten.

Andere fügen die Modification hinzu, daß die bonor. poss. wenigstens dann cum re sei, wenn der Testator nach dem Tode des suus sein Testament aufs Neue bestätigt habe. Dieser Fall sei zwar nirgends entschieden, man müsse aber eine bon. poss. cum re aus dem Testamente zulassen, so daß die im Testamente Eingesetzten, wenn sie die bon. poss. agnoscirt hätten, durch die doli exceptio gegen die hered. petitio der civilen Intestaterben geschützt würden, gleichwie in dem Falle, wo durch Arrogation des Testirers das Testament aufgehoben wäre, dieser aber, nachdem er wieder sui juris geworden, das frühere Testament auf irgend eine Weise bestätigt habe. cf. L. 11. §. 2 D. de bon. poss. sec. tab. L. 12 de lib.

Francke, Notherbenrecht S. 120.

Andere meinen das Gegentheil, weil durch die Analogie des testamentum irritum factum solches nicht begründet werden könne.

v. Vangerow, Pand. §. 174.
Mühlenbruch in Glück's Pand Bd. 36. S. 324 f.
Fabricius, Urspr. u. Entw. d. bon. poss. S. 140.

Präjudiz 1.

Die von ihrer Mutter auf den Pflichttheil eingesetzte N. focht das Testament derselben aus dem Grunde an, weil dasselbe dadurch, daß zwei der darin instituirten Erben vor ihrer Mutter mit Tod abgegangen, deren nachgelassene und ihre Großmutter überlebende Kinder aber nicht zu Erben eingesetzt seien, ungiltig geworden sei. Diese Anfechtung wurde in den beiden ersten Instanzen für begründet erachtet. In der dritten Instanz aber erfolgte Abweisung der Klage, „da nach der Novelle 115. Cap. 3 u. 4 nur dem im Testamente des Ascendenten präterirten Descendenten die Befugniß zusteht, das Testament als nichtig anzufechten und dadurch die Intestatsuccession für alle dazu Berufenen herbeizuführen, die Appellatin aber in dem Testamente nicht präterirt, sondern auf den Pflichttheil zur Erbin eingesetzt ist."

Erk. des OAG. zu Celle vom 4. Oct. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 85.

Nothzucht, Erbrecht der daraus entsprossenen Kinder, s. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 8.

O

Oeffentliches Testament.

v. Savigny, Gesch. des römisch. Rechts im Mittelalter S. 82.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 154.
Roßhirt in s. Zeitschr. Bd. 2 S. 36.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 735 f.

I.

Streitig ist, ob ein schriftliches Testament, welches von einem Testator, der nicht lesen und schreiben kann, dem Richter versiegelt überreicht ist, geöffnet und dem Testator vorgelesen werden müsse*).

Einige bejahen dies nach Analogie des Testaments eines Blinden; denn es sei einerlei, ob man etwas Geschriebenes nicht sehen oder nicht lesen könne. L. 21 pr. L. 28. §. 1 C. 6, 23.

Puchta, Handb. des gerichtl. Verf. in nichtstreit. bürgerl. Rechtssachen Th. 2. § 245.
Walch, introd. in contr. Jur. civ. p. 315.
Müller ad Leyser. T. IV. F. 2. p. 79.
Klein, Annalen Bd. 5. Nr. 4. S. 183.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 8. Nr. 421. S. 224.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 190.

Andere verlangen wenigstens den Beweis, daß der Testirer sich die Ueberzeugung von der Identität des Geschriebenen mit seiner wahren Willensmeinung verschafft habe.

v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 404.
Kori, Erört. prakt. Rechtsfälle Th. 2. Nr. 26.

Andere meinen, die vor Gericht gegebene Erklärung des Testators, daß die von ihm versiegelt übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, müsse genügen, ohne Unterschied, ob der Testator diese Schrift selbst geschrieben oder durch einen Andern habe schreiben lassen, und es könne letzteren Falls nicht einmal die Unterschrift des Testators für erforderlich gehalten werden. Es sei nämlich vorauszusetzen, daß der Testirer, welcher eine Schrift mit dieser Erklärung übergebe, die Schrift vorher sich habe vorlesen lassen und daß er mit deren Inhalte einverstanden sei. Auch trete die Analogie bei schriftlichen Testamenten ein; so wenig bei diesen die Zeugen mit dem Inhalte des Testaments bekannt zu sein brauchten, so wenig brauche es der Richter bei den ihm überreichten Testamenten. Der Richter vertrete nur die Solennitätszeugen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 742.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 451.
Schweppe, röm. P.-R. §. 822.
Sintenis, Civilr. §. 168. S. 375.

Präjudiz 1.

Das Vorlesen gehört zu den unerläßlichen Bedingungen der Beweiskraft eines gerichtlichen Protocolles und ist ein wesentlicher Bestandtheil desselben; im

Visitations-Abschied von 1713 §. 27 in (Olenschläger's) neuer Sammlung der Reichsabschiede Th. 4. S. 266.

*) Die Wiederverlesung der über die gerichtliche Uebergabe eines Testaments abgefaßten Registratur, in soweit dieselbe lediglich den Act der Uebergabe des Testaments betrifft und keine sonstigen besondern Erklärungen des Testators enthält, ist nicht für erforderlich geachtet in dem Erk. des OAG. Dresden vom 25. Jan. 1853, in S. Lotzin c. Weber.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 12. S. 364.

ist ausdrücklich verordnet, daß dieses Vorlesen darunter bemerkt werde. Hiernach kann aus einem nicht vorgelesenen Protocolle kein hinreichender Beweis geführt werden, und die in selbigem aufgezeichnete Erklärung der Gegenpartei diese nicht binden.

Erk. des OAG. zu Jena vom 8. Nov. 1821, in Sachen Tischendorf w. die verehel. Tischendorf.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 266.

Präjudiz 2—7.

Aus der Praxis des OAG. zu Cassel wird hierüber von Strippelmann (Sammlung Th. 6. S. 192 f.) unter Anderm mitgetheilt: Die Authenticität des Protocolls, die Aufnahme durch eine Gerichtsperson kann auch durch andere Merkmale als die Unterschrift einer solchen festgestellt werden.

Erk. von 1835 (3194); vom 3. Juni 1837 (3051).

Der Inhalt soll sich auf das zur Zeit der Aufnahme Geschehene erstrecken, aber auch beschränken.

Erk. vom 22. Nov. 1837 (3252).

Das Protocoll soll die Angabe des Orts und der Zeit der Aufnahme, sowie die Bezeichnung der handelnd aufgetretenen Personen enthalten.

Vgl. Erk. vom 14. Juni 1843 (8332).

Das Protocoll muß vorgelesen und von den Parteien und andern handelnden Personen demselben die Genehmigung ertheilt worden sein, welche letztere übrigens schon in der Unterzeichnung desselben durch die Partei oder ihren Anwalt gefunden wird, aber auch ohne diese Unterschrift vorhanden sein kann. In Ansehung der Frage, ob die Erwähnung der Vorlesung und Genehmigung wesentlich, sagen die Motive eines OAGE.: „Der unterbliebenen Erwähnung der Vorlesung und Genehmigung des Vertrags ungeachtet muß, daß dieselbe wirklich geschehen sei, sowie, daß die unterschriebenen und beziehungsweise als anwesend angeführten Personen bei der gerichtlichen Anzeige des Vertrags sämmtlich wirklich zugegen gewesen seien und in den Vertrag, wie er sich aufgezeichnet findet, eingewilligt haben, nach der den gerichtlichen Verhandlungen zur Seite stehenden Vermuthung der Legalität angenommen werden."

Erk. vom 16. Nov. 1842 (7279).

(Noch fünf andere Erkenntnisse sind als übereinstimmend angeführt.) Diese Vermuthung fällt aber weg, wenn die Acten selbst ergeben, daß die Vorlesung zwar von der Partei verlangt, von der Gerichtsperson aber verweigert worden ist.

Erk. von 1827 (8801).

Das Protocoll muß frei von solchen Mängeln sein, welche den Schluß auf Unglaubwürdigkeit desselben begründen, wie z. B. Rasuren, Correcturen, vorausgesetzt nur, daß die letzteren nicht etwa offenbar nur die Verbesserung eines Schreibfehlers zum Gegenstande haben, in welchem Fall die Veränderung unerheblich ist.

Erk. vom 12. Oct. 1839 (4989).

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 380.

Präjudiz 8.

Ein dem Richter verschlossen überreichtes Testament wurde nach dessen Verkündigung aus dem Grunde angefochten, weil der Testator zur Zeit der Ueberreichung bis zu dem Grade, Geschriebenes nicht lesen zu können, schwachsichtig gewesen sei. Dieser Umstand wurde auch oberstrichterlich als Anfechtungsgrund anerkannt. „Der Beweis der absoluten Blindheit des Erblassers zur Zeit der Oblation ist zur Klage keineswegs erforderlich, sondern es genügt hierzu der Beweis, daß der Testator damals dergestalt seines Gesichtes beraubt gewesen, daß er den letzten Willen zu lesen nicht mehr im Stande sich befunden, anerwogen auch im Falle einer solchen relativen Blindheit nicht nur der Testator selbst sich außer Stande befunden haben würde, die Identität des letzten Willens zu prüfen, sondern auch das Gericht durch die bloße Uebergabe nicht die rechtliche Gewißheit bekam, daß es die Absicht des Testators gewesen, die übergebene Schrift als seinen letzten Willen anzusehen, diese Gewißheit vielmehr erst durch die (nicht stattgefundene) Vorlesung und Anerkennung erreicht werden konnte."

Erk. des OAG. zu Celle.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 355.

Präjudiz 9.

Ueber die Frage, ob zur Giltigkeit eines testam. judici oblati die Aufnahme eines eigentlichen Oblationsprotocolls erforderlich sei, entschied das OAG. zu Celle, in Uebereinstimmung mit den in den untern Instanzen abgegebenen Erkenntnissen, mittelst Bescheides vom 28. Nov. 1850 für die verneinende Antwort, indem dasselbe in dem concreten Falle die auf dem mit dem Amtssiegel verschlossenen Umschlag des fraglichen Testaments enthaltene Bescheinigung zweier Beamten,

> daß darin das Testament des H. befindlich sei, welches derselbe mit der Erklärung, daß er dies sein Testament eigenhändig geschrieben, dem Amte überreicht habe,

für genügend annahm.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 194.

Präjudiz 10.

In einem Rechtsstreite wurde die Giltigkeit eines bei Gericht vor Richter und Actuar von dem Testator in Selbstperson verschlossen übergebenen Testaments aus dem Grunde angefochten, weil in dem desfalls aufgenommenen und von den beiden Beamten unterschriebenen Protocolle nicht beurkundet worden war, daß dasselbe dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt worden sei. Nachdem in der zweiten Instanz das Testament wegen dieses Formfehlers für ungiltig erklärt worden war, wurde in der dritten Instanz entschieden, daß ein völlig giltiges und beweisendes Protocoll vorliege und das Testament daher als ein dem Gericht giltig übergebenes erscheine. Diese Entscheidung stützte sich auf folgende Erwägungen:

Ein testamentum judici oblatum bedarf keiner weiteren Förmlichkeiten, als daß es von dem Testator in Selbstperson bei dem Gerichte als das seinige zur Aufbewahrung übergeben worden, und diese Uebergabe aus den Gerichtsacten erweislich ist. Das desfallsige Protocoll erscheint nicht als eine Testamentssolennität, sondern nur als Voraussetzung der Constatirung jener Uebergabe des Testaments durch den Testator. Alles, was hinsichtlich der Deposition eines Testaments von und vor dem Gerichte geschieht, wird allein des Beweises halber vorgenommen. Es kommt Alles darauf an, daß durch den öffentlichen Glauben des Gerichts dasjenige bewahrheitet werde, was bei dem schriftlichen Privattestamente durch die Zeugen und die Erklärung des Testirenden in einer bestimmten Weise dargethan werden soll, nämlich die Identität der Person des Testators und seiner letzten Willensordnung. Aus diesem Grunde steht auch in der Praxis fest, daß von dem Richter allein, ohne Zuziehung eines Actuars, ein Testament auf- und angenommen werden kann. Zu dem Wesen eines Protocolls gehört aber keineswegs die Nothwendigkeit von dessen Vorlesung und Genehmigung, sodaß es bei deren Unterlassung als völlig nichtig erschiene. Vielmehr ist es eine allgemeine Rechtswahrheit, daß, was unter öffentlicher Autorität in Sachen des Amtes niedergeschrieben wird, schon an sich völligen Glauben habe, und, wie bei allen öffentlichen Urkunden, die Vermuthung dafür streite, daß der Inhalt der Wahrheit gemäß sei, so daß, wer das Gegentheil behauptet, dieses beweisen muß. Aus diesem Grunde stellt man bekanntlich ein bloßes Zeugniß des Richters in Ansehung dessen, was vor ihm geschehen sei, einem von dem Actuar geführten gerichtlichen Protocolle gleich und trägt kein Bedenken, völlig einseitigen Handlungen des Richters, wie z. B. bei dem Präsentatum schriftlicher Eingaben, bei in Abwesenheit der vorgeladenen Parteien eingenommenem richterlichen Augenscheine, bei in Testamentsfällen bezeugtem gesunden Verstande des Testators u. s. w., vollen Glauben bis zum Beweise des Gegentheils beizumessen. Der Visitationsabschied von 1713 §. 27 bezieht sich nur auf den Reichsgerichtsproceß, und die Notariatsordnung von 1512 nur auf die kaiserlichen Notarien, und können deren Bestimmungen ebenso wenig als etwa entgegenstehende für die Protocolle im Civilprocesse auf Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden. Das vorliegende Protocoll ist daher ein formgerechtes, es enthält den Ort, den Tag und die Stunde der Aufnahme, führt die Gerichtspersonen in ihrer öffentlichen Eigenschaft auf und ist von denselben unterschrieben, und dies muß nach den Grundsätzen über publica fides genügen, um vollen Beweis über den Inhalt des Protocolls zu liefern.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 7. Febr. 1855, Nr. 270. Lit. M.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 308.

Vgl. übrigens Privattestamente B. c. 2.

II.

Streitig ist, ob die Uebergabe eines öffentlich zu errichtenden Testamentes durch einen Bevollmächtigten geschehen könne, wenn derselbe nur mit einer hinreichend beglaubigten Specialvollmacht versehen ist.

Einige bejahen dies; denn kein Gesetz schreibe vor, daß ein schriftliches Testament dem Gerichte vom Testator in Person übergeben werden müsse, während der Grundsatz, wonach man jedes Geschäft durch Mandatare vollziehen lassen könne, in Bezug auf Testamente, indem die Insinuation eines Testaments durch Mandatare geschehen dürfe, in L. 2 C. 6, 32 anerkannt werde. Das persönliche Erscheinen müßte zu den besonderen Solennitäten gerechnet werden, während bei einem öffentlichen Testamente doch alle Solennitäten aufgehoben seien. Ebenso seien die dem Kaiser übergebenen Testamente nach L. 19 C. 6, 23 mit den gerichtlichen Testamenten in eine Klasse gesetzt, mithin dürfe man füglich von der einen Gattung auf die andere schließen, und doch genüge bei jenen das offerre preces, um dem Testamente Giltigkeit zu verschaffen, ohne daß die Gegenwart des Testirers nothwendig sei, ja es sei die oblatio precum an den Kaiser durch den Procurator ausdrücklich gestattet, L. 6 C. 1, 19, mithin müsse solches auch bei gerichtlichen Testamenten zulässig sein. Der Einwand, daß bei der Uebergabe eines Testaments ein Betrug leicht möglich sei, sei unzulässig, weil ein Betrug nicht vermuthet werde, sondern von demjenigen, der ihn behaupte, bewiesen werden müsse. Auch die Praxis habe diesen Grundsatz anerkannt.

Moser, von der deutschen Justizverfassung Th. 1. Buch 2. Cap. 50. §. 14.
J. H. Böhmer, consil. et decis. T. 2. resp. 643.
Struben, rechtl. Bed. Th. 1. Nr. 134. Th. 4. Nr. 88.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 3. Nr. 234.
Leyser, sp. 354. m. 4.
Schmidt, hinterl. Abh. prakt. Rechtsmat. Bd. 2. Nr. 65. S. 220.
Meister, prakt. Bemerk. aus d. Crim.- u. Civ.-R. Bd. 1. Bem. 11. S. 81.
Westphal, Rechtsgutacht. 28. 1. §. 11.
Geiger und Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 1. Nr. 3. S. 43.

Andere bestreiten die Giltigkeit des durch einen Procurator dem Gerichte übergebenen Testaments, und stellen den Grundsatz auf, daß Testamente durchaus keinen Bevollmächtigten zulassen, vielmehr schlechthin die Gegenwart des Testirers selbst erfordern. Folgende Gründe führt man an:

a) Die Uebergabe des Testaments ist die eigentliche Handlung des Testirers vor Gericht; sie macht die Legalisirung des gerichtlichen Testaments aus, und ist dasjenige, was die Legalisirung eines schriftlichen Privattestamentes vor Zeugen ist. Bei gerichtlichen Testamenten tritt die Gegenwart der Gerichtsperson an die Stelle der zu einem Privattestamente erforderlichen Zeugen, wie denn auch in L. 19 C. 6, 23 das öffentliche Testament dem Privattestamente gleich gestellt ist. Was die Zeugen bei dem Privattestament thun müssen, damit ihnen kein falsches Testament untergeschoben werde, das muß auch der Richter thun, welcher an die Stelle der Zeugen tritt. Hätte der Testirer selbst vor noch so viel Zeugen die Testamentsurkunde dem Bevollmächtigten übergeben und sie für seinen letzten Willen erklärt, so könne dies, da dieser Act in den Gesetzen nicht als Testamentssolennität angesehen wird, kein Privattestament bewirken.

b) Wollte man die Uebergabe eines schriftlichen Testamentes durch Mandatare für giltig halten, so müßte man auch die Errichtung eines mündlichen Testaments durch einen Stellvertreter vor Gericht zulassen, während diese doch unbestritten unzulässig ist.

c) Der Grund, entnommen aus der Analogie gleichartiger Geschäfte, paßt nicht, weil die Gesetze, welche sonst so außerordentliche Maßregeln für den Zweck der Authenticität eines Testaments für nothwendig erachten, durch Zulassung eines Bevollmächtigten, mit sich selbst in Widerspruch gerathen würden.

d) Die Stelle (L. 2 C. 6, 32) handelt gar nicht von der Errichtung eines gerichtlichen Testaments, wie schon aus der Rubrik des Titels quemadmodum testamenta aperiantur, hervorgeht. Es geht vielmehr aus der Stelle selbst, wie durch eine fast gleichlautende Stelle von Gajus (L. 7 D. 29, 3) bestätigt wird, hervor, daß dort nur von der Eröffnung eines feierlichen Testamentes gehandelt wird, welches der Vater dem Sohne gegeben hatte, um es nach dem Tode jenes in dem Gerichte seiner Vaterstadt eröffnen zu lassen. Daß es darin heißt: ut secundum leges moresque locorum insinuentur, steht nicht entgegen, da insinuare hier ebenso viel bedeutet als aperire, eröffnen oder bekannt machen, eine Bedeutung, in welcher es hin und wieder vorkommt. (Vgl. L. 3 C. Th. 8, 18. L. 24 C. Th. 16, 5. L. 2 C. Th. 16, 1 und Guyet, civil. Archiv Bd. 13. S. 265 f.)

e) Wenn endlich noch die Worte der L. 19 C. 6, 23: Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden, welche sich, ohne daß die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen ist, gar nicht erklären ließen, so liegt hier ein Irrthum zum Grunde. Denn die idonei testes sind keine fremden Zeugen, welche etwa zum Beweise der Uebergabe noch besonders nöthig wären; es sind vielmehr die im Gesetze früher erwähnten nobiles probataeque personae, welche zur Zeit der Uebergabe des Testaments sich um den Kaiser befanden, wie der ganze Zusammenhang lehrt.

Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 3. def. 23.
Lauterbach, diss. de test. judiciali §. 14.
Cramer, observ. jur. univ. T. 1. obs. 17.
Wernher, sel. obs. T. 1. P. 4. obs. 64.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 2. not. 2.
Claproth, theor. und prakt. Rechtsw. von freiw. Gerichtsb. §. 108 S. 186.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 663.
Hugo, Lehrb. der Pand. § 108.
Weber, Erläut. der Pand §. 1409.

Mittermaier, Grundſ. des deutſch. P.-R. §. 409.
Puchta, Handb. d. gerichtl. Verfahr. in nichtſtreit. bürgerl. Rechtsſ. Th. 2. §. 242.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 961.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 193 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S 743.
Thibaut, Syſtem §. 831.
Schweppe, röm. P.-R. §. 822.
Pütter, auserleſ. Rechtsf. Bd. 4. Resp. 391.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 305.
Guyet im civ. Archiv Bd. 13. S. 234.
Höpfner, Inſtit. §. 443.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 451.
Holzſchuher, Th. 2. Abth. 1. S. 573.

Außer dieſen zwei Hauptanſichten giebt es noch einige Mittelmeinungen. Nämlich:

Einige meinen, die Ueberreichung eines öffentlichen Teſtaments, jeder Art, ſei ſtets durch einen gewöhnlichen Bevollmächtigten zuläſſig, ſofern nur die Bevollmächtigung gehörig dargethan ſei.

Stryk, caut. testam. c. 8.
Stryk, diss. de test. per procurat. oblat. § 26.
Böhmer, consultat. et decis. T. II. dec. 643.

Andere geſtatten die Ueberreichung durch einen Procurator nur dann, wenn dieſer ein ſpecielles, gehörig beglaubigtes Mandat dazu erhielt, mandatum specialissimum, und überdies nicht etwa der Verdacht der Fälſchung vorliege.

Rivinus, diss. de test. per procur. jud. obl. §. 14.
Leyser, sp. 354. med. 4.
Müller ad Leyser. obs. 626.

Andere unterſcheiden zwiſchen dem dem Regenten überreichten Teſtamente und dem gerichtlich inſinuirten letzten Willen, und ſchließen in dem erſtern Falle den Procurator aus, geſtatten ihn aber in dem letzten.

Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 2 u. 4.
Walch, diss. de indole test. princ. obl. in Opusc. T. I. s. I. ex. 7. cap. 2. §. 4.

Andere meinen, bei dem ſchriftlich dem Richter überreichten Teſtament ſei ein Procurator zuläſſig, nicht aber bei dem mündlichen, und berufen ſich auf Gründe der Zweckmäßigkeit.

Gadeadam, diss. de test. per procur. §. 6—9.
Kind, quaest. for. T. I. c. 40. p. 268.

Andere meinen, nur in dem Falle, wenn der Teſtator z. B. durch Krankheit verhindert worden, das Teſtament dem Gerichte ſelbſt zu übergeben, dürfe die Ueberreichung durch einen Procurator geſtattet werden. Wenn dann aber der Teſtator am Leben bleibe, und ſich ſpäter im Stande befinde, vor Gericht zu erſcheinen, ſo müſſe er durch perſönliche Erklärung den Mangel heben, welcher aus jener nothgedrungen zugelaſſenen Ueberreichung doch immer folge, ſobald der Nothfall nicht mehr vorhanden ſei,

Cramer, obs. jur. univ. T. I. obs. 17. §. 3.

und ſei dieſes auch der Gebrauch bei dem Reichskammergericht geweſen.

Präjudiz 1.

Im Allgemeinen wird dasjenige, was Jemand durch einen Bevollmächtigten für ſich thun läßt, in den Rechten eben ſo angeſehen, als wenn es von ihm ſelbſt geſchehen wäre; und es würde daher, ſo lange kein Geſetz es verbietet, angenommen werden müſſen, daß ein Teſtament durch einen Bevollmächtigten mit Beſtand übergeben werden möge, wenn anders nur der Wille des Teſtators, entweder durch eine beſondere Vollmacht, oder ſonſt zu Recht erwieſen würde. Dieſe Anſicht läßt ſich auch nicht aus dem rein politiſchen Grunde umſtoßen, daß die Zulaſſung zur Teſtamentsüberreichung durch einen Beauftragten für das gemeine Wohl und die Sicherung der Teſtamente gefährlich ſei, weil Betrügereien damit Gelegenheit gegeben würde, und überhaupt der Wille des Teſtators doch ungewiß bleibe. Denn ein möglicher Mißbrauch hebt den Gebrauch nicht auf. Dieſelbe Gefahr würde auch bei Contracten und anderen Rechtsgeſchäften, wenn ſchon in geringerem Grade, ebenfalls eintreten; gleichwohl leidet es keinen Zweifel, daß ſolche über die wichtigſten Gegenſtände des Lebens durch Beauftragte errichtet werden können. Indeſſen geſchah bei den Römern die gerichtliche Niederlegung nur ſo, daß Teſtamente, welche bereits unter den gehörigen Feierlichkeiten abgefaßt waren, der ſicheren Aufbewahrung wegen der Obrigkeit übergeben wurden. Dagegen wird, nach deutſcher Sitte und Gebrauch, indem die Uebergabe des Teſtaments an das Gericht an die Stelle der äußern Förmlichkeiten tritt, die Erforderlichkeit der Zeugen durch gerichtliches Anſehen und Glauben erſetzt. Somit muß man ſich für die Anſicht erklären, daß ein Teſtament, das bei ſeiner außergerichtlichen Errichtung der Zeugen bedurft hätte, vom Teſtator und nicht von einem Procurator dem Gericht zu übergeben ſei, indem das Gericht ſtatt der Zeugen den Teſtator ſehen und hören, und von ſeinem Zuſtand ſich überzeugen muß. — Sofern aber die Rede iſt von denjenigen privilegirten Teſtamenten, bei welchen die Beobachtung der ſonſt vorgeſchriebenen Feierlichkeiten von keiner Nothwendigkeit iſt, und welche insbeſondere der Zuziehung von Zeugen oder gerichtlicher Niederlegung zu ihrer Giltigkeit gar nicht bedürfen, ſo muß es für die richtigere Meinung gehalten werden, daß die Niederlegung bei Gericht durch einen Bevollmächtigten geſchehen könne. Dies gilt insbeſondere von dem testamentum parentum inter liberos.

Erk. des OAG. zu Zerbſt 1830.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 200.

Präjudiz 2.

Den oberſtrichterlich gebilligten Entſcheidungsgründen eines Erkenntniſſes des holſteiniſchen Landgerichts entnehmen wir folgende Sätze.

Nach gemeinrechtlicher Obſervanz kann ein ſchriftlich verfaßter letzter Wille dem Gerichte überreicht und dadurch zu einem öffentlichen Teſtamente erhoben werden. In Ermangelung ſpecieller Geſetzesvorſchriften über die Art und Weiſe, in welcher dieſe oblatio testamenti bewerkſtelligt werden müſſe, läßt ſich die Nothwendigkeit dabei zu obſervirender Formen lediglich aus materiellen Gründen des Geſchäfts und aus der jedesmaligen Verfaſſung des Gerichts herleiten.

Was die materiellen Gründe des Geſchäfts betrifft, ſo bezweckt die fragliche als ein expediens von der Praxis eingeführte Art der Teſtamentsſolenniſirung nur die Umgehung der unter Umſtänden ſchwierigen ſonſtigen Formalvorſchriften rückſichtlich der Teſtamentserrichtung unter gleichzeitiger Geheimhaltung des Inhalts des letzten Willens; es kann aber keineswegs angenommen werden, daß es nicht ebenfalls bei dieſer Art der Teſtamentsſolenniſation auf vollkommene Rechtsſicherheit abgeſehen ſei.

In letzterer Beziehung kann für die ſonſtigen geſetzlichen Formen der Teſtamentserrichtung in der gerichtlichen Oblation nur dann ein genügendes Surrogat gefunden werden, wenn der Teſtator perſönlich vor dem Gerichte ſeine Declaration darüber abgibt, daß in der überreichten Schrift ſein letzter Wille enthalten ſei, indem

1) der Wille, letztwillig zu verfügen, in der überreichten Schrift, ſofern dieſelbe nicht etwa ohnehin ſchon den Formen eines giltigen Teſtaments gemäß, etwa vor ſieben Zeugen abgefaßt worden, noch nicht rechtsbeſtändig beurkundet vorliegt, und daher durch die bei Ueberreichung der Schrift auszuſprechende Declaration gerade erſt die voluntas testandi beurkundet, d. h. der Act der Teſtamentserrichtung vollzogen werden ſoll, welches ſo wenig als irgend eine ſonſtige Declaration des letzten Willens per mandatarium geſchehen kann, und indem

2) jede Garantie für die Identität der Schrift verloren geht, wenn der Teſtator nicht perſönlich dem Gerichte die Schrift überreicht, wie es denn ohne Weiteres einleuchtet, daß bei einer Ueberſendung der Schrift an das Gericht, zumal im

vorliegenden Falle, in welchem die Schrift nur mit einer Oblate verschlossen war, Vertauschungen, Unterschiebungen u. s. w. sehr leicht als möglich gedacht werden können.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 20. Aug. 1856.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 263.

III.

Streitig ist, ob das Testament vor einem unzuständigen Richter, außerhalb des Staatsgebiets, welchem der Testirer als Unterthan angehört, errichtet werden könne.

Einige meinen, ein solches Testament sei ungiltig, weil dadurch die Staatssouverainetät verletzt werde. Es könne auch gar keine wahrscheinliche Ursache ein solches Ueberschreiten der Grenzen durch Testiren entschuldigen; denn wolle der Testator sein Testament vor seinen Verwandten geheim halten, so stehe ihm ja frei, bei einem andern Richter in seines Fürsten Lande sein Testament niederzulegen.

T. J. Reinharth, sel. observ. ad Christinaei decis. Vol. IV. obs. 15. p. 8.

Andere halten es für gleichgiltig, ob ein Testament einem Richter desjenigen Landes, in welchem der Testator seinen Wohnsitz hat, oder einem Richter eines fremden Landes übergeben werde. Die Landeshoheit werde dadurch auf keine Weise verletzt, denn der Richter vertrete ja bei einem gerichtlichen Testamente nur die Stelle der Zeugen, und fremde Zeugen seien ebenso classisch als einheimische.

Lauterbach, diss. de test. jud. th. 19.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1276.
Valett, Lehrb des Pand.-R. §. 961.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 748.

Jedoch nehmen auch die Vertheidiger dieser Ansicht an, es sei sicherer, die Richter des Landes, in welchem der Testator wohnt, nicht zu übergehen.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 206.

IV.

Streitig ist, ob Criminalrichter zur Annahme eines gerichtlichen Testaments befugt seien.

Dies bejahen

Carpzov, jur. for. P. 3. const. 3. def. 13. Nro. 5.
Quistorp, Beiträge Nr. 42. S. 605.

Andere verneinen dies.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 203.
Schmidt, öffentl. Rechtssprüche Nr. 11. S. 70.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 747.

V.

Streitig ist, ob ein vom Richter außerhalb seines Gerichtssprengels aufgenommenes Testament gelte.

Einige bejahen dies, weil es hierbei nur auf die öffentliche Beglaubigung ankomme, die fides publica des Richters aber außerhalb seines Gerichtssprengels unbestritten feststehe. Zugleich bezieht man sich auf verschiedene Gesetzesstellen, L. 36. §. 1 de adopt. L. 2 D. de off. Proconsul. L. 17 pr. D. de manumiss. vindicta, in welchen gesagt wird, daß ein Proconsul auch außerhalb der ihm angewiesenen Provinz Manumissionen und Adoptionen bestätigen könne.

Leyser, sp. 29. m. 2. sp. 354. m. 1.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. lib. 2. tit. 1. §. 10.
Berger, oecon. jur. lib. 4. tit. 3. §. 1. not. 2.
Wernher, T. I. P. 1. obs. 329. Nro. 5.
Mevii dec. P. 3. d. 195.
Quistorp, Beiträge Th. 3. S. 154.
Stryk, caut. test. cap. 7. §. 36.
Klein, Annalen Bd. 2. S. 265.
Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 3. S. 226.

Andere meinen, daß ein von dem Richter außerhalb seines Gerichtssprengels aufgenommenes Testament ungiltig sei. Denn die heutige freiwillige Gerichtsbarkeit sei nicht die römische legis actio und könne daher auch nicht nach den davon handelnden Gesetzen beurtheilt werden, wenn sie auch in L. 2 D. de off. Proconsul. legis actio genannt werde. Vielmehr werde nach deutlichen Aussprüchen der Gesetze, L. 3 D. 1. 18. L. 3 D. 1. 17. L. 20 D. 2. 1. der Richter außerhalb seines Gerichtssprengels als Privatperson angesehen. Die Befugnisse des Proconsuls seien auch von denen der Richter völlig verschieden.

Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 113.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 208. Bd. 3. S. 91.
Höpfner, Instit. §. 443. Not. 5.
Schmidt, öffentl. Rechtssprüche Bd. 1. Nr. 2.
Cocceji, contrσv. jur. civ. lib. 2. tit. 1. qu. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 572.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 748.
Valett, Lehrb des prakt. Pand.-R. §. 961.
Puchta, Handb. d. gerichtl. Verfahr. in nichtstreit. bürgerl. Rechtsf. Th. 2. §. 243.

VI.

Bestritten wird die Giltigkeit eines außerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in der Privatwohnung des Testirers, von einer Gerichtsdeputation aufgenommenen, oder derselben übergebenen Testaments.

Einige meinen, dergleichen Testamente seien ungiltig; denn das ältere deutsche Recht bestimme, daß Verfügungen über das Vermögen, namentlich Vergabungen von Todes wegen, nur vor gehegtem Gerichte und von solchen Personen errichtet werden könnten, welche noch bei völliger Kraft und Gesundheit des Körpers, „ungehabt und ungestabt“, vor demselben zu erscheinen im Stande seien. (Vgl. kopp, de testam. Germanorum judicialibus et sub die conditis, vulgo ungehabt und ungestabt. Beseler, Lehre von Erbverträgen Th. 1. S. 249.)

H. Vultejus, consil. Marburgens. Nro. 34. 55.
Gilken ad Leg. 19 C. de test.

Andere meinen, diese Ansicht sei jetzt in der Praxis allgemein verworfen, nachdem durch das römische Recht das ältere deutsche Recht verdrängt, und durch Gewohnheitsrecht die Aufnahme und Ueberreichung von Testamenten außerhalb der Gerichtsstelle in der Privatwohnung des Testirers vor einer Gerichtsdeputation in ganz Deutschland eingeführt sei, und zwar nicht bloß im Nothfalle, wenn der Testirer wegen Krankheit oder Schwäche nicht selbst vor Gericht erscheinen könne, sondern allgemein und unbeschränkt.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 210.
Schorch, neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urtheilssprüche der Erforter Juristenfac. Nr. 14. Qu. 5. S. 91.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 749.

VII.

Streitig ist, ob das Testament gelte, welches vom Richter, ohne Beiziehung eines Actuars oder Zeugen, oder vom Actuar allein aufgenommen ist.

Einige meinen, der Richter allein sei zur Aufnahme des Testaments nicht befugt; er müsse wenigstens noch eine oder zwei glaubwürdige Personen bei der Aufnahme zuziehen, weil das canonische Recht Cap. 11 X. de probat. dieses vorschreibe, indem danach, si super „testamentis quaestio agitetur“, den Worten eines Richters allein, er sei von welchem Ansehen er wolle, gar nicht geglaubt werden solle. Cap. 28 X. de testib.

J. L. Schmidt, öffentl. Rechtssprüche Abschn. 1. Nr. 7. §. 5 u. 6.
v. Haetizsch, Erbrecht §. 71.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 961.

Andere meinen, die Zuziehung eines Actuars sei nur da nöthig, wo es durch Landesordnungen vorgeschrieben und der Richter nicht zugleich als Actuar verpflichtet sei,

Thibaut, System §. 831.
Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 7. S. 69.
Madihn, princ. jur. civ. R. de success. §. 85.
v. d. Nahmer, Sammt. der Entsch. d. Nassauisch. OAG. Bd. 1. S. 129.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 822.

und es könne sogar der Richter seine Stelle dem Actuar auftragen, und das von dem Actuar allein aufgenommene Testament sei giltig, arg. Cap. ult. X. de off. et potestate jud. deleg. 1, 29.

Leyser, sp. 354. med. 3.
Walch, jus contr. p. 294.
Geiger u. Glück, Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 10. §. 6.
Gründler, Polemik Bd. 3. §. 671.

Dagegen hätten die Bestimmungen des canonischen Rechts in Cap. 11 und Cap. 28 cit. in Deutschland nie Eingang gefunden, denn schon nach der ältern Praxis sei der Grundsatz anerkannt, daß bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Richter zugleich die Stelle des Actuars versehen könne.

Leyser, sp. 71. med. 5.
Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden Th. 10. S. 80.
Struben, rechtl. Bed. Th. 2. S. 171.

Andere verlangen, daß, wenn der Richter dem Actuar die Aufnahme des Testaments überträgt, das Testament nur giltig sei, wenn Letzterer den Richtereid geleistet hat.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 750.

Andere unterscheiden, ob das Testament dem Richter schriftlich übergeben, oder ob es vor ihm mündlich durch Erklärung zu Protocoll errichtet worden. Im ersten Fall solle die Gegenwart des Richters allein, ohne Actuar, genügen, im andern Fall könne der Richter ohne Actuar das Testament nicht aufnehmen, weil nicht der Richter, sondern nur der Actuar zum Protocoll verpflichtet sei.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1411.

Andere wollen dann, **wenn der Richter zugleich zur Protocollführung verpflichtet ist**, sowohl die Uebergabe als auch die Aufnahme des Testaments durch den Richter allein, giltig geschehen lassen, vorausgesetzt, daß der Actuar gerade nicht erlangt werden könne und dies vom Richter bezeugt werde.

Walch, jus contr. p. 294.
Madihn, princ. jur. R. de success. §. 85 in f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 751.

Andere meinen, daß auch ohne diese Voraussetzung die Uebergabe sowohl, wie die Aufnahme des Testaments, von dem Richter allein erfolgen könne, weil bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt der Richter zugleich die Stelle des Actuars vertrete. Es soll hierfür auch eine constante Praxis bestehen.

Lauterbach, Coll. th. pr. P. 28. 1. §. 49.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 2. not. 5.
Leyser, sp. 354. med. 2.
Struben, rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 51.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 215.

Präjudiz 1.

Wenngleich die richterliche Eigenschaft einer auf geschehene Requisition zur Aufnahme eines testamenti judicialis nuncupativi deputirten Gerichtsperson nicht ausschließlich zum Zweck der Beurtheilung der physischen Fähigkeit des Requirenten ad testandum erforderlich sei; so auch, daß die zur Aufnahme des Apel'schen Testaments auf den Amtsauditor v. Hinüber verfügte Substitution nur von dem einen, die judicialia betreibenden, Amts Herzbergischen Beamten geschehen ist, dessen Giltigkeit nicht schaden möchte; dieweil jedoch die Rechtsbeständigkeit eines letzten Willens dieser Art in den Gesetzen an **jene richterliche Eigenschaft** geknüpft worden, mithin es nicht genügt, daß der aus der mündlichen Disposition des Testirers zu entnehmende Aufsatz von einer, dem Gerichte nur beigegebenen und bloß fidem protocolli habenden Person zu Papier gebracht und zu den Gerichtsacten übergeben werde, sondern, daß der actus testandi selbst coram persona judicis geschehe, zu dem Wesen und der gesetzlichen Förmlichkeit eines solchen Testaments nothwendig ist; auch die hierwider von der Imploratin behauptete, und durch eine Mehrheit der bescheinigten Fälle darzulegen versuchte Observanz, nach welcher auf den althannoverschen Aemtern Testamente von den Amtsauditoren aufgenommen werden, um so weniger als relevant erscheint, als von ihr weder gezeigt noch behauptet ist, daß die darin bekundeten Abweichungen von der Vorschrift der Gesetze zur Kenntniß der gesetzgebenden Gewalt gelangt und von selbiger gebilligt sind, oder auch etwaige, von Interessenten wider **also** aufgenommene Testamente gerichtlich eingelegte Widersprüche von den Justizstellen mit Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt zurückgewiesen worden — so findet das pro reformatoria angebrachte Gesuch keine Statt.

Erk. des OAG. **Celle** vom 2. Juli 1823, in S. Probst c. Lohmann und Cons. wegen Erbschaft.

Dieses Erkenntniß wurde in der Restitutionsinstanz mittelst Bescheides vom 23. Oct. 1823 bestätigt.

Präjudiz 2.

Ueber das öffentliche Testament enthält die

L. 19 C. de testamentis (6, 23)

die betreffenden Vorschriften und macht dessen Giltigkeit davon abhängig: qui actis cujuscunque judicis postremum publicavit judicium.

Zu dem Beweise der dem Richter geschehenen Oblation bedarf es denn auch allerdings der Aufnahme eines Protocolls.

Thibaut, System des Pand.-Rechts. Ausg. 6. §. 694. Ausg. 8. §. 831.
Schweppe, das röm. Priv.-R. in s. heut. Anwendung, fortgesetzt von Meyer. Ausg. 4. §. 822.

Ein solches Protocoll liegt jedoch vor, und daß dasselbe von dem damaligen Kreisamtmann Helmuth allein und ohne Zuziehung eines Actuars aufgenommen worden, steht der Giltigkeit des Protocolls nicht entgegen, da der pp. Helmuth vermöge seiner Stellung als Einzelrichter, außer in den Fällen, in welchen die Gesetze ausdrücklich die Zuziehung eines Actuars verlangen, zur Protocollführung wohl befugt war.

Ein solches specielles Gebot, daß ein Actuar zuzuziehen sei, findet nun aber für den Act der Ueberreichung eines Testaments im Gerichte nicht statt.

Demgemäß hat denn auch in vorkommenden Fällen die

vormalige Justizcanzlei diejenigen Testamente, welche einem Beamten ohne Beisein eines Actuars überreicht worden, für rechtsbeständig anerkannt, und dem entspricht die landesherrliche Verordnung vom 15. April 1755, daß auch in der Stadt Braunschweig die Testamente und letzte Willensordnungen, welche der Testator dem dirigirenden und condirigirenden Bürgermeister ins Haus bringt, wenn dieser solche letzte Willensordnungen nachher zu Rathhause niederlegt, als testamenta judicialia angesehen, und gleich andern gerichtlichen Testamenten haben aufrecht gehalten werden sollen.

Durch diese Vorschrift hat keineswegs eine Ausnahme für die Stadt Braunschweig gebildet, sondern es haben dadurch nur die Bedenken beseitigt werden sollen, welche bei der speciellen Vorschrift des braunschweigischen Staatsrechts Titel 34 von Gifften und Testamenten §. 23 verbis:

> wer sein Gut oder Erbe vergeben wolle, solches in Gegenwart zweier Rechtsmänner, von dem Bürgermeister des Weichbildes darzu geschickt, thun solle,

gegen die Rechtsgiltigkeit eines solchen dem Bürgermeister allein überreichten Testaments entstehen möchten.

Aber auch noch in der neuesten Zeit hat nach vorgängigem Berichte des herzoglichen Landesgerichtes das herzogliche Staatsministerium die Befugniß der Einzelrichter zur Protocollführung anerkannt, indem auf Veranlassung eines Antrages des herzoglichen Amts Greene, welches in demselben Verhältnisse wie das K.-G. Riddagshausen im Jahre 1814 mit zwei Beamten und einem Actuar besetzt ist, das herzogliche Staatsministerium unterm 25. April 1833 wie vorgedacht rescribirte.

Das der Klage zum Grunde gelegte Testament ist also keineswegs deshalb nichtig, daß das über die Ueberlieferung ins Gericht aufgenommene Protocoll von dem damaligen Kreisamtmann Helmuth allein gefaßt ist, und da das Gericht der ersten Instanz sein Erkenntniß nur hierauf beschränkt, über den sonstigen Inhalt der Klage und der dagegen verhandelten Einreden aber bisjetzt nicht erkannt hat, so ist dieses Erkenntniß noch abzugeben.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 17. Aug. 1835, in S. Schönermark c. Götke.

Präjudiz 3.

Das OAG. zu Wiesbaden erkannte unter dem 14. Juni 1818 über die Frage, ob der Actuar zur Aufnahme eines Testaments befugt sei, Folgendes:

1) Schon nach gemeinem Rechte kann ein Richter seine Amtsverrichtungen einer andern, hierzu qualificirten, Person übertragen; insbesondere ist es

2) bekanntlich hergebracht, daß die Beamten den verpflichteten Amtsactuarien solche Aufträge geben können;

3) muß auch nach den Acten angenommen werden, daß der Actuar S. wirklich ein in öffentlichen Pflichten stehender Actuar war;

4) wurde dieser Actuar nach Inhalt des Protocolls vom Beamten zu diesem Geschäft besonders beauftragt, und es schadet nichts, daß dieses bloß mündlich geschah, da in der Folge gedachtes Protocoll zu dessen Kenntniß kam, er also dessen Inhalt für richtig anerkannte u. s. w.;

5) kommt es bei letzten Willen hauptsächlich darauf an, daß wegen deren Aechtheit kein gegründeter Zweifel entstehen könne. Zu diesem Ende sind die bei deren Aufnahme erforderlichen Feierlichkeiten vorgeschrieben, und an dieser Aechtheit läßt sich im vorliegenden Falle nicht zweifeln, da der Testator das Testamentsprotocoll eigenhändig unterzeichnet, Kläger gegen die Richtigkeit dieser Unterschrift nichts eingewendet, vielmehr solche durch das Anführen, daß der Erblasser nicht ganz aus freiem Willen gehandelt habe, implicite anerkannt, dabei aber zugleich erklärt hat, daß er dieses Anführen nicht beweisen könne, weshalb darauf keine weitere Rücksicht zu nehmen steht.

6) Fehlt es auch nicht an Rechtslehrern, welche den Satz, daß ein Testament dem Amtsactuar allein übergeben werden könne, als richtig anerkennen.

Leyser, sp. 354. med. 3.
Pufendorf, obs. T. 3. obs. 154.

7) Die als Zweifelsgründe angezogenen Stellen des canonischen Rechts bestimmen nur, daß den Worten des isolirt handelnden Richters kein unbedingter, durch gegentheilige Zeugnisse nicht zu beseitigender Glaube beigemessen werden, und was der Richter deshalb thun solle, um sich vor aller Verantwortung zu sichern; sie passen also nicht hierher, indem das Testamentsprotocoll nicht als unrichtig geführt angegriffen, sondern nur ein Mangel an den nach den Gesetzen bei diesem Geschäft erforderlichen Feierlichkeiten behauptet wird, von welchen letzteren die angeführten Stellen des canonischen Rechts nicht speciell handeln, und die also nicht nach diesem, sondern nach dem römischen Rechte und dem deutschen Herkommen um so mehr zu beurtheilen sind, als die Landesordnung die Errichtung der Testamente nach römischem Rechte ausdrücklich gestattet, mithin auf jeden Fall die davon abweichenden Bestimmungen des canonischen Rechts derogiren würde;

8) endlich ist hierbei noch der gesetzliche favor testamenti zu berücksichtigen, L. 24 C. de testam. 6, 23, aus welcher Vorschrift sich die Behauptung rechtfertigen läßt, daß selbst in dem Falle, wenn der Actuar eine Vorsichtsmaßregel bei der Testamentsaufnahme verabsäumt haben sollte, dieses doch der Giltigkeit des sonst quoad certitudinem nicht angefochtenen letzten Willens nicht im Wege stehen könne.

v. d. Nahmer, Sammlung der Entscheid. des OAG. Wiesbaden Th. 1. S. 133.

Siehe auch Pr. 10. zu C. 1. o. S. 28.

VIII.

Streitig ist, ob zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testaments erfordert werde, daß es bis zum Absterben des Testirers in der gerichtlichen Verwahrung bleibe; ob also dasselbe durch Zurücknahme aus dem Gerichte den öffentlichen Glauben, mithin seine Giltigkeit verliere.

Einige meinen, die Aufbewahrung des Testaments im Gerichte sei zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testaments wesentlich nothwendig; es verliere also durch die Zurücknahme seine Giltigkeit. Denn wenn das Testament nicht bis zur Publication bei den Acten bleibe, so fehle es theils an der Form eines gerichtlichen Testaments, welche eben darin bestehe, daß es den Gerichtsacten einverleibt werde, theils fehle es aber auch an der vollkommenen Gewißheit, welche nur dann vorhanden sei, wenn das Testament bis zu seiner Eröffnung in gerichtlicher Verwahrung geblieben sei, arg. L. 19 C. de test.

Hommel, Rhaps. obs. 643. Nro. 11.
Nettelblatt, Versuch einer Anleitung zur praktisch. Rechtsgelahrtheit §. 975.
Cramer, Wetzlarische Nebenst. Th. 24. Nr. 1.
Conradi, diss. de test. publ. quod fit apud acta §. 7.
Mittermaier, d. P.-R. §. 471.

Andere unterscheiden zwischen einem schriftlichen, dem Gerichte übergebenen Testamente, und einem mündlichen, vom Testator zu gerichtlichem Protocoll erklärten Testamente. Ersteres müsse in der gerichtlichen Verwahrung bleiben und könne nicht mehr als gerichtliches gelten, wenn dasselbe auf Verlangen des Testators von dem Richter, obgleich der Umschlag noch mit dem Gerichtssiegel versehen sei, zurückgegeben werde. Denn im Privatbesitze des Testators sei es nur zu leicht der Verfälschung ausgesetzt. Es zeige auch schon die Oblation die Nothwendigkeit der gerichtlichen Verwahrung an; indem die Oblation nicht etwa geschehe, damit das Gerichtssiegel auf das Couvert gesetzt werde, sondern damit das Testament von dem Richter verwahrt werde, bei ihm deponirt bleibe. Allein bei dem mündlich zu Protocoll vor Gericht erklärten Testamente falle der Verdacht der Verfälschung weg. Die Unterschrift des Richters, die Handschrift des Actuars und das Gerichts-

siegel bewiesen die Authenticität der Urkunde hinlänglich. Daher brauche dasselbe so wenig wie andere gerichtliche Instrumente bei dem Gerichte bewahrt zu werden,

Schilter, praxis jur. R. exerc. 37. §. 71 u. 72.
Madihn, princ. jur. R. de success. §. 172.
Madihn, Miscellen Bd. 1. S. 102.

und dasselbe müsse eintreten, wenn Jemand ein feierliches Privattestament bei einer Behörde niedergelegt und es später wieder zurückgenommen habe; denn durch die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Archiv verliere das Testament allerdings die Kraft einer archivalischen Urkunde; seiner selbständigen Natur, als Testament, könne dies aber keinen Eintrag thun.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 945.

Andere meinen, daß zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testaments die beständige Aufbewahrung im Gerichte bis zum Ableben des Testators kein so wesentliches und nothwendiges Erforderniß sei, daß es durch Zurücknahme aus dem Gerichte, von Seiten des Testators, allein seine Kraft und Giltigkeit verliere, wenn nur das zurückgenommene Testament die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung noch unverletzt an sich trage, ohne Unterschied, ob das Testament mündlich vom Testator zu Protocoll erklärt, oder dem Gerichte schriftlich übergeben sei. Denn daß ein gerichtliches Testament auch im gerichtlichen Verwahrsam bleiben müsse, sei im gemeinen Rechte nirgends vorgeschrieben, lasse sich wenigstens aus L. 19 C. de test. nicht beweisen.

Stryk, de cautela test. cap. 7. §. 45 — 47.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 28. 1. §. 52.
Leyser, sp. 359. med. 13.
Pufendorf, obs. 153.
Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 7.
Claproth, theor.-prakt. Rechtswiss. von freiwillig. Gerichtsb. §. 115.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 1. Med. 1.
Meister, prakt. Bemerk. aus d. Crim.- u. Civil.-R. Bd. 2. S. 11.
Westphal, Rechtsgutachten Bd. 1. S. 149.
Schweppe, röm. Priv.-R. §. 822.
Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 7. Nr. 82.
(vgl. Spangenberg, prakt. Erört. Bd. 10. Nr. 9.)
Puchta, Handb. d. gerichtl. Verfahr. in nichtstreit. Rechtssachen Th. 2. §. 245.
Weber, Erläuter. der Pand. §. 1429.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 74.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 221.

Andere schließen sich dieser Ansicht an, jedoch mit der Modification, daß die Zurücknahme des Testaments dasselbe nur dann nicht unwirksam mache, wenn es ein Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an sich trage.

Thibaut, System §. 831.

Andere betrachten es für eine quaestio facti, welche nur nach der bei der Zurücknahme des Testaments vorhandenen erweislichen, oder nach den Umständen anzunehmenden muthmaßlichen Absicht des Testators bald bejahend, bald verneinend entschieden werden müsse.

Spangenberg im civ. Archiv Bd. 5. S. 171.

Andere meinen, die Aufhebung der gerichtlichen Testamente stehe unter den allgemeinen Regeln; es werde also mit anderen Worten dies Testament nicht unter andern Umständen wie ein Privattestament widerrufen, namentlich nicht durch bloße Zurücknahme aus dem gerichtlichen Gewahrsam, auch nicht durch bloßen protocollarischen Widerruf ohne Rücksicht auf die zehnjährige Frist. Doch habe sich in der Praxis seit alter Zeit eine sehr starke Hinneigung dazu gezeigt, daß die mit der Erklärung und Absicht des Widerrufs erfolgte Zurücknahme eines Testaments aus dem gerichtlichen Gewahrsam die Wirksamkeit desselben sofort und ohne Weiteres auch dann aufhebe, wenn die Solennitäten, welche es an sich trägt, unverletzt vorhanden seien,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 314.

ja, es sei schon in der Zurücknahme allein nicht selten ein wirksamer Widerruf anerkannt worden. — Das Letztere sei jedoch auf keinen Fall zu rechtfertigen; das Erstere ließe sich eher hören, indem auf die Form der Errichtung dieser Testamente die römische Vorschrift nicht berechnet sein konnte. — Wer daher der Eventualität vorbeugen wolle, daß sein aus gerichtlichem Gewahrsam, nicht in der Absicht es zu vernichten, zurückgenommenes Testament dennoch als widerrufen angesehen werde, möge geeignete Maßregeln ergreifen, daß er nicht wider Willen als untestirt gestorben betrachtet werde.

Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 35 a. E.

Vergl.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 946.

und Testamente, deren Widerruf c. 9 und 10.

Präjudiz 1.

Die Justizcanzlei zu Celle erkannte im December 1817, in S. v. Hammerstein c. v. Knesebeck'sche Vormundschaft:

Alldieweil die Giltigkeit des von der verstorbenen P. G. v. Bobart am 3. Jan. 1805 gerichtlich errichteten Testaments in formeller und materieller Hinsicht nicht zu bezweifeln ist; und der Umstand, daß die Testatrizin nachmals besagtes Testament ab actis zurückgenommen, an und für sich eine Annullation desselben, oder eine Willensänderung der Testatrizin, und im gegenwärtigen Falle um so weniger enthält, als nach allen vorkommenden Umständen dieselbe erwähntes Testament nach dessen Zurücknahme aus dem Gerichte unbeschädigt, unversehrt und uneröffnet bis an ihr Ende bei sich liegen lassen, mithin die rechtliche Vermuthung daraus entsteht, daß sie ihr errichtetes gerichtliches Testament conserviren und bei ihren darin enthaltenen Verfügungen beharren wollen; von dem Verklagten auch überall keine stringenten Thatsachen angeführt, am wenigsten bescheinigt sind, welche auf einen animum revocandi bei der Zurückforderung ihres letzten Willens ab actis rechtlich schließen ließen, so u. s. w.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Th. 7. Nr. 82.

IX.

Zu den öffentlichen Testamenten rechnet die Doctrin auch das Testament, welches nach dem canonischen Recht (Cap. 10 X. de testam. 3, 26) vor dem zuständigen Pfarrer und zwei oder drei Zeugen errichtet werden kann. (Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 740. Glück, Pand. Bd. 34. S. 180.)

Streitig ist, ob diese Testamentsform gemeinrechtlich giltig sei.

Einige bejahen dies allgemein.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.

Andere meinen, gemeinrechtlich sei diese Testamentsform nicht giltig, da die Notariatsordnung vom Jahre 1512 der Form des römischen Rechts den Vorzug gegeben habe, und dieser sogen. canonischen Form gar keine Erwähnung thue. Selbst in katholischen Ländern sei diese Form deshalb nicht anzuwenden, wenn nicht nachgewiesen werde, daß sie in einem Lande gesetzlich eingeführt sei.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 185.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 823.
Puchta, Lehrb. §. 463.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 578.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 741.

Insbesondere könne auch ein Geistlicher, welcher in einem fremden Gebiete testire, die Privilegien seines Capitels nicht geltend machen.

G. L. Böhmer, Rechtsfälle Bd. 2. S. 12.

X.

Ist ein gerichtliches Testament verloren gegangen, so streitet man, ob der Beweis durch die eidliche Vernehmung des Gerichtscommissairs und Actuars geführt werden könne.

Die Meisten behaupten dies, gestützt auf Nov. 77. c. 7 pr. und Cap. 28 X. de test. 2, 20, und wenn diese Vernehmung nicht mehr zu bewerkstelligen sein sollte, oder wenn, was zur Auswahl offen stehe, der Betheiligte von vornherein dies vorziehen sollte, so könne der Beweis, wie der jeder andern streitigen Thatsache, auf jede beliebige Weise geführt werden.

Sintenis, Civilr. §. 190. Not. 8.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 804.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 470.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 638.

Andere wollen den Beweis durch Vernehmung der Gerichtsdeputation als unzulässig ausschließen.

Semler im Archiv von Hagemann und Günther Bd. 2. S. 80.

Onerose Geschäfte, deren Anfechtung, s. querela inofficiosae donationis c. 13.

Oralfideicommisse.

Süptitz, über den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündl. auferlegt. Fideicomm. (1804).
v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. Nr. 10.
Löhr im civ. Archiv Bd. 2. S. 188.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 66.
Watermeier, das Oralfideicommiß und dessen Verhältniß zum Erbvertrag (1838).

I.

Streitig ist, ob es unbedingt nöthig sei, daß der Erblasser bei Errichtung des sogen. Oralfideicommisses, dem gegenwärtigen Onerirten seinen Willen mündlich mitgetheilt habe.

Einige bejahen dies, und berufen sich zunächst auf die gleich im Eingang der L. ult. C. de fideic. 6, 42 vorkommenden Worte, wo die Voraussetzung der neuen Verordnung so angegeben sei, daß ein Fideicommiß sine scriptura et praesentia testium hinterlassen sein müsse, was dann in §. 12 Inst. de fideic. hered. 2, 23 wiederholt werde: si neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero possit res manifestari. Sodann müsse ja nach den Institutionen l. c. der Erbe schwören: quod nihil tale a testatore audivit, welches sich ohne Bejahung der Frage nicht erklären lasse.

Thibaut, System §. 934.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 730.
Voet, Comm. ad P. 36. 1. Nro. 8.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 681.
Göschen, Vorlesungen Bd. 3. Abth. 2. S. 550.

Andere meinen, jede Mittheilung an den Onerirten, ohne Rücksicht auf die Art und Weise derselben, genüge, und wenn also z. B. der Testator dem Erben in einem Briefe oder durch einen glaubwürdigen Boten seinen Willen kund gegeben habe, so dürfe der Honorirte eben so auf die Justinianische Verordnung provociren, wie wenn der Testator mündlich seinen Wunsch ausgedrückt hätte. Denn der wahre Sinn der L. ult. C. cit. sei gerade, daß der Kaiser habe sagen wollen, daß seine Verordnung nur Platz greife, wenn kein förmlicher letzter Wille, also keine förmliche Scriptur oder mündliche Errichtung vor fünf Zeugen, vorhanden sei. Die Berufung auf §. 12 Inst. cit. bestehe in einer Buchstabenerklärung, welche um so weniger angewendet werden dürfe, da in dem eigentlichen Sitze dieser Lehre, der L. ult. cit., keine Spur einer solchen Eidesformulirung vorkomme. Wie wenig auch die Zeitgenossen Gewicht darauf gelegt hätten, gehe namentlich aus der Paraphrase des Theophilus hervor, wonach der Erbe schwören solle: non esse fideicommissum relictum (ὡς οὐ κατελείφθη φιδεικόμμισσον).

Löhr im civ. Archiv Bd. 2. S. 188.
Schrader, Corpus jur. civ. T. I. p. 483.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 66.
Puchta, Pand. §. 517. Not. y.
Mackeldey, Lehrb. §. 706.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 891.
v. Vangerow, Pand. §. 528.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 808.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 14.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 292.

Präjudiz 1.

Das sogenannte fideicommissum heredi praes. injunctum setzt, abgesehen von der Frage, ob es nur durch eine mündliche Auflage des Erblassers an den Onerirten angeordnet werden könne, jedenfalls eine an diesen direct ergangene Mittheilung von Seite des Erblassers voraus. Auf eine solche muß daher auch die zum Beweise eines solchen Fideicommisses nachgelassene, resp. vorgeschriebene Eidesdelation als Bedingung ihrer Zulässigkeit gerichtet sein*).

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 27. April 1841, in S. Gräfin Reventlow gegen Frhrn. v. Löw.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 315.

*) Vgl. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 463.

Präjudiz 2.

Die Auslegung der Const. 32 de fideicommissis (6, 42) anlangend, hat man der Meinung, als ob hiernach durch eine jede ausgesprochene Willensäußerung des Testirers ein giltiges Vermächtniß begründet, und darüber dem Erben ein Eid angetragen werden könne,

Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts Bd. 3. §. 450. S. 204 der 4. Aufl.
Schweppe, röm. Pr.-R., herausgeg. von Mejer, Bd. 5. §. 891.
Puchta, Lehrb. der Pandekten §. 517. Not. 4.
Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen Th. 1. §. 10. S. 66 f.
v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorlesungen Bd. 2. §. 528. S. 460 f.

nicht beizutreten vermocht, vielmehr der Ansicht:

Thibaut's System der Pandekten §. 934. Ausg. 8.
Mühlenbruch's Pand.-Recht Bd. 3. §. 727 und besonders Not. 5 dies.

sowie

Göschen's Vorlesungen über das gemeine Civilr. Bd. 3. §. 1001. S. 337.

beipflichten müssen, daß nach jenem Gesetze der Erbe nur solche Fideicommisse, welche der Erblasser ihm selbst, unmittelbar und persönlich auferlegt hat, zu erfüllen verpflichtet ist, indem nur hier, wenn der Erbe die ihm selber gemachte Auflage nicht abzuleugnen vermag, eine gleiche factische und rechtliche Gewiß-

heit, wie bei Beobachtung der gesetzlichen Codicillenform, vorhanden ist. Es kann nicht als Absicht des Gesetzgebers angenommen werden, die gesetzlich festgestellte Codicillenform durch jenes correctorische, und darum strict zu interpretirende Gesetz noch weiter aufzuheben, als es durch das Gesetz selbst, und besonders durch die erläuternden Worte des

§. 12 Inst. de fideicommissar. heredit. (2, 23),

wonach der Erbe bloß zu beschwören braucht, daß er „nihil tale a testatore audivit," bestimmt und deutlich ausgesprochen ist.

Erk. des OAG. zu Jena vom 19. Nov. 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 66.

II.

Streitig ist, ob der Beweis des an den Erben gerichteten Auftrags auch durch Zeugen geführt werden könne.

Einige meinen, der Honorirte brauche nicht nothwendig zur Eidesdelation zu greifen, er könne auch auf Zeugen und Urkunden sich berufen. Denn, wenn Jemand bei einer Beweisführung auf ein einzelnes Beweismittel eingeschränkt sein solle, so sei dies immer etwas so Anomales, daß es einer ganz speciellen Begründung bedürfe. Daran fehle es aber im vorliegenden Falle; denn wenn auch in den beiden citirten Gesetzen (L. ult. C. de fid. §. 12 Inst. de fid. hered.) bloß von der Eideszuschiebung die Rede sei, so könne darin nichts Exclusives gefunden werden, sondern die Anwendbarkeit der übrigen Beweismittel würde, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt, und der Eid nur darum speciell hervorgehoben, weil die Anwendbarkeit gerade dieses Beweismittels besonders problematisch gewesen sei. Dieses Sachverhältniß werde denn auch in der L. ult. cit. angedeutet, indem es dort heiße: si fideicommissarius elegerit heredis juramentum, und cujus religio a fideicommissario electa est, welche Ausdrücke nicht anders zu erklären seien, als daß der Fideicommissar außer dem Eide auch noch andere Beweismittel hätte ergreifen können. Wie sehr überdies die Natur der Sache für diese Ansicht spreche, leuchte ein, wenn man sich nur z. B. einen Fall denke, wo der Erblasser in Gegenwart von zwei oder drei unverdächtigen Zeugen dem Erben seinen Willen bekannt gemacht habe, oder wo über eine solche mündliche Mittheilung an den Erben ein Notariatsinstrument aufgenommen sei.

Höpfner, Institut. §. 605. Not. 2.
Wernher, lect. comm. T. III. obs. 2.
Pufendorf, animadv. jur. Nro. 85.
Brockmann, diss. de fideicommiss. ejusque legit. probat. §. 5—8.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. Abth. 1. S. 92.
Becker, Samml. merkw. Rechtsf. Bd. 3. S. 593.
Sürlitz, über den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündlich auferlegten Fideicomm. §. 7.
Karff, merkw. Rechtssprüche Bd. 1. S. 92.

Andere meinen, wenn die Gegner von der Ansicht ausgingen, das eigentlich Neue in Justinian's Verordnung sei, daß er eine neue Form für die Errichtung von Vermächtnissen eingeführt habe, nämlich die mündliche Errichtung eines Fideicommisses in Gegenwart des Onerirten, und daß dies der eigentliche Kern der L. ult. cit. sei, die Eideszuschiebung aber nur als mögliches Beweismittel angeführt werde, so sei dies irrig. Der Gedanke Justinian's sei vielmehr der: wenn der Honorirte keinen formellen letzten Willen für sich anführen könne, so solle er auch noch den Ausweg haben, daß er seinen Anspruch ganz von der Gewissen- und Ehrenhaftigkeit des Erben abhängig mache, indem er diesem den Eid zuschiebe, und derselbe dann entweder schwören oder zahlen müsse. Gerade der Umstand also, daß das ganze Vermächtniß von der Gewissenhaftigkeit des Erben abhängig gemacht sei, indem dieser in die Alternative gesetzt werde, entweder zu schwören oder zu zahlen, ohne irgend die Unförmlichkeit vorschützen zu dürfen, bilde hiernach den eigentlichen Kern der Justinianischen Verordnung, und mit diesem Grundgedanken würde es sich nicht vertragen, dem angeblich Honorirten andere Beweismittel einzuräumen. Wenn dieser den Eid des Erben nicht entscheiden lassen wolle, so habe er kein anderes Mittel, als die Vorlegung eines eigentlichen Testaments oder Codicills. Dies sei deutlich in der zweiten Hälfte der L. ult. cit. verb.: cum enim res etc. ausgesprochen, und werde bestätigt durch die Worte: cum is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur — dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem: qualis locus testibus relinquatur vel quemadmodum ad extraneum finem decurratur, propria et indubitata fide relicta. — Wie dagegen aus dem „elegerit" und „electa" etwas für die Gegenansicht folgen könne, sei nicht einzusehen; denn da ja der Fideicommissar nicht zur Eideszuschiebung gezwungen werde, sondern einen formellen letzten Willen vorlegen oder seinen ganzen Anspruch fallen lassen könne, so sei der Ausdruck eligere völlig passend, ohne daß man nöthig habe, dabei an ein Wahlrecht unter verschiedenen Beweismitteln zu denken.

v. Vangerow, Pand. §. 528 a. E.
Puchta, Lehrb. §. 517.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 891.
Löhr im civ. Archiv Bd. 2. S. 188.
Walch, contr. jur. civ. p. 261.
Glück, diss. de testamenti solennis probat. p. 21.
Malblanc, doctr. de jurejurando lib. 3. §. 49.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 681.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 14 a. E.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 293. Not. 99.

Präjudiz 1.

Den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

1) Daß die Mittheilung (an den gegenwärtigen Erben) als eine Auflage an den oneratus gemacht sein müsse, ist durchaus kein besonderes formelles Erforderniß bei dem fideic. hered. praes. injunctum. Ohnehin versteht sich solches, wenn nur ein Universalerbe vorhanden ist, von selbst. — In der C. 32 de fideic. und dem §. ult. Inst. de fideicomm. hered. ist überall von der Einführung einer gewissen Form für die Errichtung von Fideicommissen nicht die Rede, sondern die Vorschrift dieser Gesetze besteht vielmehr darin, daß der oneratus, wenn er den ihm durch Mittheilung bekannt gewordenen Willen des Erblassers nicht leugnen kann, sich nicht auf den Mangel der Form berufen dürfe, und denselben schlechthin befolgen müsse.

2) Es kann keinen Unterschied machen, wenn neben der mündlichen Mittheilung des letzten Willens an den oneratus auch noch zur bessern Notiz etwas aufgeschrieben worden ist, und die hiergegen angeführten Worte der C. 32 de fideicomm.:

„si sine scriptura — — fideicommisso derelicto"

stehen dem um so weniger entgegen, da hier hinzugefügt ist:

„et (sine) praesentia testium,"

nun aber nachher ausdrücklich gesagt wird, daß die Vorschrift dieses Gesetzes auch in dem Falle, wenn Zeugen zugezogen worden, stattfinden soll.

3) Die Annahme, diese Art der Verfügung könne auch bei Vertragserben vorkommen, ist wohl begründet. Der bloße äußere Unterschied, daß das eine Rechtsinstitut (f. h. p. i.) seinen Ursprung im römischen, das andere hingegen (die Erbverträge) im deutschen Rechte hat, kann eine Verbindung derselben überall nicht hindern, ein innerer Widerstreit aber findet hier nicht statt, sobald der Vertragserbe (wie im gegebenen Falle behauptet war) in die fideicommissarische Verfügung eingewilligt.

4) Nach dem klaren Inhalte der angeführten Gesetze ist es zwar völlig richtig, daß in dem Falle, wenn aus einer unförmlichen, aber dem oneratus von dem Erblasser mitgetheilten letzwilligen Verfügung geklagt, und dieselbe von dem oneratus geleugnet wird, über die letztwillige Verfügung selbst eine andere Beweisführung als durch Eidesdelation stattfindet; und es ist auch ferner richtig, daß dieser Eid, bei welchem, wie aus der ganzen Fassung und ratio jener Gesetze:

— „cum ipse sibi judex et testis inveniatur,"

„eum — dicere compellitur veritatem" (C. 32 cit.)

und aus der im §. ult. Inst. cit. vorkommenden Eidesformel:

„quod nihil tale a testatore audiverit"

hervorgeht, wesentlich die eigene Wissenschaft von dem Willen des Erblassers vorausgesetzt wird, nur dem oneratus selbst, nicht dessen Erben, deferirt werden kann. Aber im gegebenen Falle hatte der oneratus bei seinen Lebzeiten freiwillig in einem instrumentum publicum ein wohlüberlegtes und erschöpfendes Geständniß über die letztwillige Disposition des Erblassers abgelegt, und sogar gerade zu dem Zwecke, damit die honorati durch dasselbe ihr Recht auf die Erfüllung jener Disposition nach seinem Tode gegen seine Erben begründen könnten, indem er den Notar angewiesen hat, künftig den Betheiligten Aussertigungen des Protocolls zu ertheilen. Hier trat also derjenige Fall nicht ein, für welchen in den angeführten Gesetzen die Eidesdelation vorgeschrieben ist, sondern der Fall eines **Geständnisses** des oneratus, in welchem Falle nach den gedachten Gesetzen die letztwillige Verfügung unbedingt erfüllt werden soll, und die angestellte Klage, welche auf dieses Geständniß und das dasselbe beweisende Notariatsprotocoll gestützt worden ist, erschien daher auch in dieser Hinsicht als völlig begründet. Wenigstens hat es keinen Zweifel, daß ein solches Geständniß des oneratus alsdann entscheidend ist, wenn erst nach dem Tode des letzteren gegen seine Erben geklagt wird, welcher Fall in den mehrerwähnten Gesetzen nicht speciell berührt worden, und in welchem die dort vorkommende Eidesdelation keine Anwendung findet . . . .

Ert. des OAG. zu **Lübeck** vom 30. Mai 1835, in S. Fr. Ursall's Erben w. Oldenburg, Herausgabe von Schulddocumenten betreff.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 38.

Präjudiz 2.

Nach der richtigen Auslegung ist durch die über die sogen. Oralfideicommisse handelnden Gesetzstellen, L. ult. C. de fideicomm. 6, 42. §. 12 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23, nicht eine neue Form für die Fideicommisse eingeführt, sondern nur geordnet, daß der Honorirte, wenn er einen formgerechten letzten Willen für sich nicht anführen kann, befugt ist, der Gewissenhaftigkeit des Onerirten allein die Entscheidung über das ihm zugewendete Vermächtniß anheimzustellen, und demselben einen Eid über die ihm ertheilte Auflage zuzuschieben, den dieser entweder auszuschwören oder aber das Vermächtniß auszuzahlen verpflichtet ist. Diesem nach kann ein solches gegen den Beschwerten erklärtes unförmliches Vermächtniß, zumal bei der in den Gesetzen so häufig erklärten Bedeutung und Nothwendigkeit der für letztwillige Verfügungen sonst vorgeschriebenen Formen, nie und unter keinen Umständen durch andere Beweismittel, als durch Eideszuschiebung bewiesen werden. Da indessen aus dem in den Rechtsquellen ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze, daß der Erbe hinsichtlich der Privatverhältnisse ganz in die Stelle des Erblassers tritt, folgt, daß er im Zweifel dieselben Rechte und Verbindlichkeiten, die diesem zustanden und oblagen, überkommt, und in dieser Beziehung nicht in einer ungünstigeren, aber auch nicht in einer vortheilhafteren Lage sein darf, als sein Erblasser, so ist die Folgerung gerechtfertigt, daß die Verpflichtung eines mit einem sogen. Oralfideicommisse Belasteten mit dessen Tode nicht erlischt, sondern zufolge der oben erwähnten feststehenden gesetzlichen Regel, bei den gänzlich mangelnden Voraussetzungen zur Begründung einer Ausnahme, auch auf dessen Erben übergeht, jedoch mit der sich von selbst verstehenden Beschränkung, daß der Eid von dem Erben des ursprünglich Onerirten nur nach dem ihm möglicher Weise beiwohnenden Grade der Wissenschaft ausgeschworen zu werden braucht. L. 24 de verb. sign. L. 62 de re jud. L. 31. §. 1 de hered. instit. 29, 5. L. 37 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. L. 59. 120. 149. 194 de re jud. L. 34 de acquir. rer. dom. 41, 1. §. 5 Inst. de obl. quae quasi ex contr. 3, 28.

Wenngleich die Bekanntmachung an die Onerirten ein nothwendiges Erforderniß der sogen. Oralfideicommisse ist, so kann man doch diese Bedingung nicht auf eine unmittelbare mündliche Eröffnung an den gegenwärtigen Onerirten beschränken, sondern es darf auch eine anderweite an den Onerirten gerichtete, z. B. schriftliche oder durch einen glaubwürdigen Boten geschehene Aufforderung für zuläßig erachtet werden, wenn nur die Richtung der Aufforderung, die Bekanntmachung gerade an den Onerirten außer Zweifel ist. — Wenn nur einer oder einige der Intestaterben nachgewiesen werden, an welche das Oralfideicommiß gerichtet ist, so haften nur dieser oder diese nach Maßgabe ihres Erbantheils.

Erk. des OG. zu **Wolfenbüttel** vom 8. Nov. 1852, in S. Nieweeth w. Sachtleben.

Zeitschr. für Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 1. S. 66.

Präjudiz 3.

Der Particulier W. hatte in einer notariellen Urkunde vom 7. Febr. 1843 gegen seine Adoptivtochter Wilhelmine W. bekannt, daß seine kürzlich verstorbene Ehefrau und Erblasserin ihm als Oralfideicommiß mündlich die Auflage ertheilt habe, seiner Adoptivtochter außer der auf dieselbe vererbfällten Hälfte des Vermögens der Verstorbenen auch die andere, ihm zugefallene Hälfte und sein eigenes Vermögen bei seinem Tode zu hinterlassen, jedoch unter dem Vorbehalte, welchen die Verstorbene hinsichtlich mehrerer Vermächtnisse gemacht habe; und hatte er hiernächst in dieser Urkunde seiner Adoptivtochter sein Vermögen schenkungsweise unter Lebenden abgetreten, wogegen sich die Beschenkte unter mehrerem Andern verpflichtet hatte, von dem geschenkten Vermögen alle diejenigen Vermächtnisse auszuzahlen, welche er in seinem Testamente aussetzen werde.

Hiernächst unterm 23. Febr. 1843 hatte der Particulier W. sein Testament gerichtlich deponirt, solches aber am 20. Aug. 1846 wieder zurückgenommen. In diesem Testamente war von ihm unter mehrerem Andern bestimmt worden, daß seine Erbin Wilhelmine W. an die Geschwister S. ein Legat von 1000 Thlrn. auszahlen solle, unter der Bemerkung, daß dieses Legat zu denjenigen gehöre, welche er nach der Willenserklärung seiner verstorbenen Ehefrau angeordnet habe.

Nach dem Tode des Particuliers W. forderten die Geschwister S. unter der Behauptung, daß dessen Ehefrau demselben kurz vor ihrem Tode die Zahlung eines Legats von 1000 Thlrn. an sie aufgegeben habe, und indem sie zum Beweise sich auf das Vorstehende bezogen, gerichtlich klagend von Wilhelmine W. die Zahlung der 1000 Thlr. Die Beklagte leugnete jene Behauptung und weigerte Zahlung, wobei sie die Thatsachen, welche zum Beweise dienen sollten, anerkannte.

Durch Erkenntniß des K.-G. **Braunschweig** vom 4. Juli 1854 wurde die Beklagte unbedingt zur Zahlung verurtheilt in Erwägung, daß der verstorbene W. gehalten ist, die Obliegenheiten, welche ihm als Erben seiner Ehefrau obliegen, zu erfüllen, daß derselbe nach der notariellen Urkunde vom 7. Febr. 1843 zugesteht, seine Ehefrau habe ihm die Auflage gemacht, der Beklagten sein eigenes und das von seiner Ehefrau ererbte Vermögen zu hinterlassen, jedoch unter dem Vorbehalte, welchen seine Ehefrau hinsichtlich mehrerer Vermächtnisse gemacht habe, daß ferner der Particulier W. in seinem obenerwähnten, zwar nachgehends zurückgenommenen Testamente der Beklagten verschiedene Legate, darunter auch das in Frage stehende auferlegt hat unter dem Anführen, daß diese diejenigen seien, welche er nach der Willensbestimmung seiner Ehefrau angeordnet habe, daß diese Disposition in Berücksichtigung der Gelegenheit und der Umstände, unter welchen sie erfolgte, zu der richterlichen

Ueberzeugung führt, daß wirklich dem W. von seiner Ehefrau die Auflage gemacht worden, das fragliche Legat den Klägerinnen zu hinterlassen, mithin in jenem Vorgange, wenn darin auch nur ein außergerichtliches Anerkenntniß enthalten ist, doch der Beweis der dem W. gemachten Auflage befunden werden muß,

Weber, von der Verbindlichkeit der Beweisführ. Cap. 4.
v. Tevenar, Theorie des Beweises S. 236.
Seuffert, Archiv Bd. 2. 108 und 109.

in Erwägung endlich, daß W. nach den das sogen. Oralfideicommiß, als welches die fragliche Auflage an W. sich darstellt, betreffenden Gesetzen, L. 32 C. de fideicomm. 6, 42. L. 12 Inst. de fideicomm. 2, 23, verpflichtet war, der Anordnung seiner Ehefrau nachzukommen, beziehungsweise die Beklagte als Erbin des W. sich nicht entziehen kann, dieser Verpflichtung zu genügen, wenn aber hiernach feststeht, daß W. das Oralfideicommiß anerkannt hat, die Beklagte zu dem entsprechenden negativen Eide, welcher überdem nur de credulitate abzuleisten sein würde, nicht zugelassen werden kann und daher die bekannte Controverse, ob und in wie weit für das Oralfideicommiß auf andere Beweismittel, als den Eid gegriffen werden kann, hier nicht in Frage kommt.

Auf verfolgte Berufung wurde durch obergerichtliches Erkenntniß vom 16. Oct. 1854 das kreisgerichtliche bestätigt. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt: Wenn auch die sogen. Oralfideicommisse, was die innere Form und sonstigen Erfordernisse betrifft, von den übrigen Vermächtnissen nicht verschieden sind, so ist dennoch zu ihrer Giltigkeit eine weitere äußere Form als die unmittelbare Mittheilung seines Willens Seitens des Erblassers an den belasteten Erben — und eine solche ist hier überall nur in Frage und an sich von keiner Partei in Zweifel gezogen — nicht erforderlich, L. ult. C. de fideicomm. 6, 42. §. ult. Inst. de fideic. hered. 2, 23; in Betreff des Inhalts, der inneren Form, genügt, nach Gleichstellung der Legate und Fideicommisse, jede Erklärung, welche die Absicht des Erblassers, Jemandem etwas letztwillig zuzuwenden, mit Bestimmtheit erkennen läßt, um das Vermächtniß als wirksam und giltig erscheinen zu lassen, mögen die zur Bezeichnung der letztwilligen Erklärung gewählten Worte eine directe Auflage oder einen Wunsch, eine Bitte u. s. w. an den Erben enthalten, L. 2 C. comm. de leg. et fideicomm. 6, 43. §. 3 Inst. de leg.; aus den Zugeständnissen des Erblassers W. in der notariellen Urkunde vom 7. Febr. 1843 und aus seinem Testamente vom 23. Febr. 1843 erhellt aber zur Genüge, daß W. selbst in der dort bekundeten Willensäußerung seiner Ehefrau eine solche Willensbestimmung erkannt habe, welche genügt, um ein rechtsgiltiges Oralfideicommiß anzunehmen, und bedarf es, da der Inhalt der notariellen Urkunde und des Testaments von der Beklagten anerkannt ist, des Beweismittels der Eidesdelation nicht weiter; es würde sogar bei diesen erwiesen vorliegenden Thatsachen die eidliche Erhärtung des Gegentheils unzuläßig sein.

Arg. cap. 2 X. de probat.
Martin, Proceß 9. Aufl. §. 224. S. 364.
Bayer, Proceß S. 522.
Vergl. Holzschuher, Supplement S. 229.

Die ferner verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Erkenntniß des Cassationshofes zu Wolfenbüttel vom 8. Jan. 1855 in der Erwägung zurückgewiesen, daß der verstorbene W. sowohl in der allegirten Urkunde als seinem Testamente, dessen Zurücknahme auf seine Beweiskraft rücksichtlich der dadurch bekundeten Vorgänge überall keinen Einfluß haben könne, anerkannt habe, daß das geforderte Legat dasjenige sei, welches von ihm nach der Willensbestimmung seiner Ehefrau angeordnet sei, daß, wenn der Fiduciar selbst — ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, qui ipse sibi judex et testis invenitur, L. ult. C. de fideic. 6, 42 — die Existenz des in Anspruch genommenen Fideicommisses zugestehe und anerkenne, die Frage, ob zum Beweise eines sogen. Oralfideicommisses andere Beweismittel als die Eidesdelation gebraucht werden können, müßig erscheine, vielmehr in diesem Falle ohne Weiteres die Verurtheilung zur Zahlung erfolgen müsse. §. 12 in fine Inst. de fideic. hered. 2, 23.

Zeitschr. f. Rechtspflege f. Braunschweig Jahrg. 2. S. 37 ff.

III.

Streitig ist, ob bei dem sogen. Oralfideicommiß erforderlich ist, daß der Erbe dem Erblasser die Erfüllung des Fideicommisses zusage.

Einige meinen, ein Gegenversprechen von Seiten des Erben sei erforderlich:

Die bei Pufendorf, obs. T. IV. obs. 112 genannten Hotomanus, Bachovius, Sardius, Brunnemannus und Faber,

während Andere ein Gegenversprechen von Seiten des Erben nicht für erforderlich halten.

Schweppe, röm. Pr.-R. §. 891.

Präjudiz 1.

In der Erklärung, welche, wie Kläger behaupten, von dem weil. Kothsassen Rudolf Meyerhoff zu D. mit Bezug auf den im §. 5 des Hofverlaßcontracts vom 7/15. Mai 1841 gemachten Vorbehalt am 7. Mai 1841 und wiederholt am 13. Oct. 1844 in Gegenwart der Beklagten dahin abgegeben worden, daß die Ehefrauen der Kläger das Geld und Linnen nebst Allem, was er außer seinem Mobiliar nachlassen werde, erhalten sollten — sind zwar, auch bei etwa geschehener Acceptation von Seiten der Ehefrauen der Kläger, in Ermangelung der Absicht des Rudolf Meyerhoff, sich dadurch unwiderruflich zu verpflichten, nicht die wesentlichen Bedingungen eines Erbvertrages,

L. 1. §. 3 D. de pactis 2, 14.
L. 5 C. de contrah. et committ. stip. 8, 38.

wohl aber ist darin ein sogen. Oralfideicommiß — fideicommissum heredi praesenti injunctum —

L. ult. C. de fideicomm. 6, 42.
§. 12 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23.

zu finden, indem die erwähnte Erklärung eine derselben entsprechende Auflage an die Beklagte, die fraglichen Gegenstände den Ehefrauen der Kläger zu verabfolgen und zu überlassen, von selbst in sich begreift, und es hierbei nicht auf die gebrauchten Worte, sondern auf die ernstliche Willensmeinung, solche Gegenstände den Ehefrauen der Kläger mit Ausschließung der Beklagten zuzuwenden, ankommt,

L. 67. §. 9 u. 10 D. de legat. II.
L. 21 C. de legat. 6, 37.
L. 2 C. commun. de legat. 6, 43.

auch ein Fideicommiß der Art sowohl den Intestat- als Testamentserben auferlegt, und sowohl zu Gunsten eines Miterben als eines Dritten gemacht werden kann.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 27. April 1846, in S. Hotop c. Meyerhoff.

IV.

Streitig ist, ob der angeblich Onerirte den ihm zugeschobenen Eid zurückschieben dürfe.

Einige bejahen dies, weil der Deferent häufig von dem Fideicommisse gleich genaue Kenntniß, wie der onerirte Erbe, haben könne.

Lauterbach, diss. de relat. jurisjur. th. 81 sq.
Lynker, dec. sect. 13. dec. 1269.
Lauterbach, Coll. th. pr. P. 36. 1. §. 10.
Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 10. def. 40 sq.

Andere verneinen die Frage, weil der Deferent das, was ihm zum Eide gestellt werden könnte, schon in dem ihm aufzuerlegenden Calumnieneide schwören müsse.

Puchta, Pand. §. 523.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 426.
Richter, decis. P. 2. Nro. 31.

Andere stimmen diesem bei, und schließen auch die Gewissensvertretung aus.

Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 14.

Hiergegen siehe

Lauterbach, Coll. th. pr. P. 36. 1. §. 10.

Andere meinen, die Zurückschiebung des Eides sei zwar unzulässig, wenn das zu beschwörende factum nicht auf eigener Wissenschaft des Schwörenden beruhe; zulässig hingegen sei sie, wenn der Fideicommissar gleiche Wissenschaft von dem fraglichen factum habe, z. B. wenn er zugegen gewesen, wie der Erblasser dem Erben das Fideicommiß auferlegt habe, und ferner, wenn es zweifelhaft sei, ob der Erbe damals, als der Erblasser das Fideicommiß errichtet hat, zugegen gewesen sei.

Lynker, P. 3. dec. 1269.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 33. not. 9.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 11. Nr. 569. S. 209. Not. e.

V.

Streitig ist, ob der heres partiarius zur Entrichtung des Ganzen oder nur nach Verhältniß seines Antheils verpflichtet werde, wenn der Erblasser einem seiner Erben das Fideicommiß aufgetragen hat.

Einige meinen, im Zweifel werde der heres partiarius nicht zur Entrichtung des Ganzen, sondern nur pro rata hereditaria verpflichtet.

Leyser, sp. 401. med. 2.
Stryk, usus mod. 36. 1. §. 8.
Becker, Samml. merkw. Rechtsf. Bd. 3. S. 593.
v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Abth. 1. S. 92.

Andere meinen, nur ausnahmsweise werde der Erbe nach L. 11. §. 2, 3 u. 4 D. de leg. III. für das Ganze verpflichtet, wenn es untheilbar sei.

Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 3. Nr. 146.
Brunnemann ad L. ult. C. de fideic. Nro. 9.

Andere meinen, wenn die Auflage allgemein gefaßt oder auf die Erbschaft überhaupt bezogen sei, so trete für den heres partiarius die Entrichtung des Ganzen ein.

Schilter, praxis jur. Rom. ex. 40. app. 2.

Andere meinen, es sei eine quaestio facti.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 808.

VI.

Streitig ist, ob das sogen. Oralfideicommiß gelte, wenn dabei die Größe und das Object des Vermächtnisses unbestimmt geblieben ist.

Einige meinen, wenn der Erblasser seinen Erben nur im Allgemeinen eine gewisse Person empfohlen hat, sie sollten z. B. eine treu gediente Magd wohl berücksichtigen, so sei solches Vermächtniß aus Billigkeit aufrecht zu erhalten, und müsse solcher Person ex bono et aequo eine Summe zuerkannt werden,

Leyser, sp. 377. med. 8.

indem die Grundsätze des sogen. Oralfideicommisses zur Anwendung kommen müßten, wenn zwar nicht die Existenz des Vermächtnisses, sondern nur das Object und die Größe desselben in Frage gestellt sei.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 528. Not. 1. S. 463.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 426.

Andere meinen, unbestimmte Empfehlungen hätten keine positive rechtliche Verpflichtungen zur Folge, L. 78. §. 8 D. 36. 1. und böten keine sichere Grundlage für den erkennenden Richter dar. Die Bestimmung dem richterlichen Ermessen anheim zu stellen, lasse sich nicht rechtfertigen, vielmehr müsse in Ermangelung jeder weiteren Andeutung über das Object des Legats dasselbe als ungiltig zerfallen. Es müsse also gefordert werden, daß der angeblich Honorirte, wie immer, zugleich den objectiven Inhalt des Legats bestimmt behaupte (s. auch die Worte der L. ult. C. de fideic. — vel certam partem — expetat). Sei dieses geschehen, so könne auch wieder der Verklagte, allgemeiner Regel nach, nicht etwa die Auflage des Fideicommisses einräumen und seinen objectiven Inhalt eidlich ableugnen, noch weniger den Eid darüber zurückschieben wollen. Wenn er sich etwa in der Art erklären sollte: „Allerdings habe ihm der Testator gesagt, er wolle, daß der Magd ein Legat verabreicht werden solle, ohne sich indeß über dessen Gegenstand auszusprechen," so könnte von einer Auflage eines Fideicommisses gar nicht die Rede sein, und der Eid müßte bezüglich des bestimmten Objects mit einer etwa näheren zusätzlichen Auslassung des Delaten geleistet werden. Wie aber außerdem die Größe oder der Inhalt des Fideicommisses, getrennt von seiner Existenz, zum Beweise und zur Entscheidung kommen solle, sei nicht einzusehen. Es sei processualisch unmöglich, daß es dazu komme, den erstern Beweis getrennt vom letztern zu führen.

Archiv für Civil- und Criminalr. der k. preuß. Rheinprovinzen Bd. 12. Abtheil. 1. S. 179. Bd. 13. Abth. 2. S. 45.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 810.
Sintenis, Civilr. §. 208. Not. 14.

VII.

Streitig ist, ob die Bestimmungen der L. ult. C. de fideicomm. nur bei Fideicommissen, oder auch bei Legaten Anwendung leiden.

Einige meinen, jenes Gesetz rede nur von Fideicommissen, und könne deshalb nicht auf andere Vermächtnisse, insbesondere Legate bezogen werden.

Frantzkius ad §. fin. Inst. de fideic. hered.
Sande, decis. Fris. lib. 4. tit. 5. def. 18.
Huber, prael. ad Inst. tit. de sing. reb. per fideic. rel. Nro. fin.

Andere meinen, wenn jenes Gesetz auch nur von Fideicommissen rede, so habe doch Justinian den Unterschied zwischen Fideicommissen und Legaten völlig aufgehoben und beide gleichgestellt, §. 3 Inst. de legat. L. 1 D. de leg. I., und hieraus folge, daß Alles, was von Fideicommissen gelte, auch von Legaten gelten müsse, insbesondere die L. ult. C. cit. Vgl. auch L. 2 C. commun. leg.

Trotler, Vol. 2. disp. 14. th. 8. lit. 1.
Richter, decis. 62. Nro. 18 sq.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 143.

Vergl. Legate, Note.

VIII.

Streitig ist, ob ein Fideicommiß, welches einem gegenwärtigen Erben auferlegt ist, auch seine übrigen abwesenden Miterben verbinde.

Einige bejahen dies; denn theils sei dies die Absicht des Gesetzgebers, welche gerade in der Treue des Erben beruhe, theils folge dies daraus, daß der Eid auch den

abwesenden Miterben de veritate zugeschoben und von diesen abgeleistet werden könne.

Schilter, praxis jur. Rom. ex. 40. app. 2.
Müller ad Leyser. obs. 626.

Andere meinen, jene Ansicht widerstreite gegen die L. ult. C. de fideicomm, worin die Gegenwart des Erben zur Form des Fideicommisses wesentlich nothwendig sei, vergl. auch §. 12 Inst. de fideic. hered., und die Eidesformel passe auf Abwesende niemals, weil diese über ihr Wissen nicht schwören könnten.

Brunnemann ad L. ult. C. de fideic. Nro. 9.
Müller ad Struv. ex. 36. §. 23.
Stryk, usus mod. tit. ad SC. Treb. §. 6.
Leyser, sp. 401. med. 2.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 146.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. S. 92 f.

P

Pactum remissorium, kann der Beneficialerbe solches mit Erfolg errichten, s. beneficium inventarii c. 29.

Paraphernalgüter, deren Einrechnung auf den Pflichttheil, s. Pflichttheil B. c. 2.

Pasquillanten, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, absolute c. 12.

— — deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 5.

Peculium adventitium, Erbfolge des Vaters darin, s. Intestaterbfolge, zweite Klasse c. 15. 16.

— — desgl. Notherbenrecht B. c. 7.

— — ob der filius familias darüber mortis causa verfügen könne, s. donatio mortis causa c. 5.

Peculium castrense und quasi castrense, Notherbenrecht des Vaters daran, s. Notherbenrecht B. c. 7.

Per subsequens matrimonium Legitimirte, deren Succession, s. Familienfideicommiß c. 1.

Personae incertae, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit B. c. 8. 9. 10. 11.

Persona turpis, Begriff, s. Notherbenrecht B. c. 10; desgl. querela inoff. test. c. 3 u. 4.

Petschaft der Testamentszeugen, s. Privattestamente B. c. 16.

Pfandrecht der Notherben, s. Pflichttheil B. c. 12.

Pfarrer, demselben überreichtes Testament, s. Oeffentliches Testament c. 9.

Pflichttheil, dessen Größe bei der querela inoffic. donat., s. querela inoff. donat. c. 10. 12.

— — bei Lebzeiten des Erblassers gefordert, siehe Pflichttheil B. c. 9.

— — Einrechnung bei Collationen, s. Collationspflicht c. 26.

— — der ehelichen Kinder, wenn Legitimirte concurriren, s. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 1.

Pflichttheil.

Valett, das Recht der nothwendigen testamentar. Berücksichtig. gewiss. Verwandten (1826).
Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen, nach römischem Rechte, mit besonderer Rücksicht auf Nov. 118.
W. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35—38.
Möller, die Lehre vom Pflichttheil.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 79 f.

A. Wie wird der Pflichttheil berechnet?

I.

Nach dem Rechte der Pandekten und des Codex war der Pflichttheil eine quarta pars legitimae portionis. Justinian verordnete nun in Nov. 18. c. 1: wer vier oder weniger Kinder habe, solle ihnen zusammen ein $1/3$; wer fünf oder mehr Kinder habe, $1/2$ der Erbschaft hinterlassen, und zwar solle dieses $1/3$ oder $1/2$ unter die Kinder durchaus gleich vertheilt werden. Am Schlusse heißt es dann: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

Streitig ist nun, ob diese Erhöhung des Pflichttheils bloß auf Descendenten oder auf alle Pflichttheilsberechtigte zu beziehen sei.

Einige meinen, daß Justinian's Gesetz lediglich auf die Descendenten bezogen werden könne, insbesondere auch nicht auf den Pflichttheil der Eltern und Geschwister. Das Gesetz nämlich spreche zunächst nur von Kindern des ersten Grades, und erkläre erst am Ende, daß dasselbe in Ansehung aller Personen gelten solle, welchen bisher auf die quarta legitima der Anspruch zugestanden habe. Nach der praef. sei Justinian zu dieser Verordnung durch die Betrachtung bewogen, wie unbillig es sei, daß Kinder, selbst reicher Eltern, nach dem frühern Recht leicht in Dürftigkeit kommen könnten, und er habe deshalb nur den Vortheil der Descendenten im Auge gehabt. Es führe also die ratio legis dahin, daß die gesetzliche Bestimmung auf Descendenten zu beschränken sei. Sodann werden noch mehrere positive Gründe für diese Ansicht angeführt: a) Die Autorität des Julianus (Juliani epitome coust. 34), welcher sich mit den Worten äußere: hoc autem quod de filiis et filiabus diximus, teneat etiam in omnibus descendentibus personis, quibus scilicet de inofficioso agere permissum est. Sodann b) sei aus grammatischen Gründen diese Ansicht die richtigere. *Παῖδες* heiße so viel als filii, und höchstens würden darunter Kinder ersten Grades begriffen, wie denn auch im Gegensatz davon die Enkel *ἐγγόνοι* genannt würden. Ferner c) würden auch in andern Fällen von Justinian Pflichttheilsberechtigte genannt, und dennoch nur Descendenten gemeint, weshalb auch hier ein Gleiches angenommen werden müsse. cf. L. 20 C. de coll. 6, 20.

L. 30. §. 2 C. de inoff. test. Sodann d) sei in dem zweiten Capitel der Nov. 18 bestimmt, daß für die Kinder der Curialen noch das alte Recht bestehen solle, und die Bemerkung hinzugefügt: durch die bisherige neue Bestimmung sei nur die Größe der legitima geändert worden, alles Uebrige, was früher über die Inofficiositätsklage, und namentlich über filii ingrati und naturales angeordnet sei, solle nach wie vor gelten. Es sei also auch hier nur von Kindern, nicht aber von Ascendenten die Rede; darum habe es auch nicht in Ansehung dieser, sondern nur in Ansehung der Descendenten einer Bestimmung darüber: daß, von der Größe der legitima abgesehen, im Uebrigen das alte Recht unverändert gelten solle, bedurft.

Vinnius in Comm. ad §. 3 Inst. de inoff. testam. Nro. 2.
Vaudus, var. quaest. jur. civ. lib. 1. c. 50.
Bathandier, de legitima c. 4. Nro. 31.
Bachovius ad Treutlerum Vol. 1. diss. 13. th. 13.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 1. Nr. 11. Bd. 5. Nr. 12.
Mackeldey, Lehrb. §. 636.

Andere meinen, die Erhöhung des Pflichttheils sei auf alle Pflichttheilsberechtigte zu beziehen. In der praef. der Nov. 18 werde nur die occasio legis erwähnt, nicht aber die ratio legis, und gebe daraus nur hervor, daß die Haupttendenz des Kaisers auf die Kinder gerichtet gewesen sei. Hieraus folge auch, daß auf Nov. 66 kein großes Gewicht zu legen sei, weil dort der Kaiser mehrmals den Inhalt der Nov. 18 so anführe, daß dadurch der Pflichttheil der Kinder erhöht worden sei. Die Autorität des Julian sei nicht entscheidend, und werde jedenfalls durch eine gleich gute andere Autorität aufgewogen, nämlich durch den Scholiasten zu den Basiliken Tom. V. p. 483. schol. d und durch Justinian selbst, welcher in Nov. 89. c. 12. §. 3 von dem Pflichttheil der Ascendenten sage: quam lex et „nos“ constituimus. Die allgemeinen, aus der ratio legis entnommenen Interpretationsregeln gehörten nicht hierher, weil dieselben nur da Platz greifen können, wo ein ambiguum vorliege, solches aber bei den ganz klaren Worten Justinian's nicht vorhanden sei. Endlich werde diese Ansicht von Athanasius scholiast. tit. IX. const. 2 bestätigt.

Francke, Notherbenrecht S. 208 f.
v. Vangerow, Pand. §. 475.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd 35. S. 238.
Heimbach in Gießer Zeitschrift Bd 13. S. 397.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 124.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 27.
Glück, diss. de constituenda leg. port. §. 13 u. 16.
Valett, Pand.-R. §. 44.
und alle neuern Compendien und Schriftsteller.

Andere wollen diese Vergrößerung des Pflichttheils wenigstens den Geschwistern absprechen, weil Justinian diese für die Personen angeordnet habe, quibus ab initio quarta — constituta est, und die Geschwister erst später als die übrigen Berechtigten zur Querel zugelassen seien.

Voetius ad tit. D. de inoff. test. §. 46.
Merenda, controvers. lib. 13. c. 6.

Hiergegen wird erinnert, daß die Anhänger dieser Ansicht den unmöglichen Beweis schuldig geblieben seien, theils daß wirklich die Geschwister später, als namentlich Ascendenten Pflichttheilsrecht erhalten hätten, und sodann, daß von diesem Umstande, der nur auf der ältern Praxis beruhte, Justinian selbst noch genaue Nachricht gehabt habe, und endlich, daß Justinian denn dies auch wirklich habe sagen wollen.

Francke, Notherbenrecht S. 210.

II.

Streitig ist, ob das Pflichttheilsrecht der Geschwister in Ansehung seiner Wirkungen nach der Nov. 115 zu beurtheilen sei.

Einige behaupten dies, weil die Nov. 115 die Querel der Geschwister, ihrer Wirkung nach, näher bestimme. Da nun aber die Wirkung der Querel durch die Nov. überhaupt geändert sei, und die querela inoff. der Geschwister nie etwas Besonderes gehabt habe, so müsse auch diese jetzt dem veränderten Geiste des Ganzen folgen.

Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. §. 170. S. 65
und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 454. Not. 58 Angeführten.

Andere meinen, in der Theorie behaupte die Ansicht den Vorzug, daß auf Geschwister das Recht der Nov. 115 keine Anwendung leide. Denn die Nov. spreche stets und ausdrücklich nur von Descendenten und Ascendenten, und zwar nicht etwa nur in dem dispositiven Theile, sondern auch da, wo der legislative Bestimmungsgrund, die ratio legis in cap. 5 pr. angegeben werde. Nun hätten aber die Geschwister nicht etwa erst Notherbenrechte erhalten, sondern diese hätten ihnen schon längst zugestanden, folglich müsse der Interpret annehmen, daß der Gesetzgeber seine Disposition auf Descendenten und Ascendenten habe beschränken wollen.

Kritz, exeget. prakt. Abhandl. des Civilr. Abh. 5. S. 106.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 379 und die zahlreich Not. 58 angef. Lehrbücher.

III.

Streitig ist, ob der im früheren Rechte bestandene Satz, daß bei Bestimmung und Berechnung der Größe des Pflichttheils auf die Zahl der Personen zu sehen sei, welche mit einander zur Intestaterbfolge gekommen sein würden — portio portionis ab intestato debitae — gilt oder ob nunmehr der Pflichttheil in einer pars quota hereditatis besteht, d. h. ist es zuvörderst nach der Zahl der Pflichttheilsberechtigten zu bestimmen, ob der Pflichttheil in der Hälfte oder einem Drittheil der ganzen Erbschaft bestehe, und ist dieser Theil der Erbschaft alsdann unter die Pflichttheilsberechtigten zu vertheilen*).

Einige meinen, Justinian habe in Nov. 18. c. 1 nicht allein die Summe des Pflichttheils erhöht, sondern auch verordnet, daß der Pflichttheil nach der Zahl der Personen, die denselben zu fordern berechtigt sind,

*) Das Eine wie das Andere ist im Resultate gleich, wenn die sämmtlichen nächsten Intestaterben auch zugleich Pflichttheilsberechtigte sind, und keiner von ihnen von der Erbschaft

ohne Rücksicht auf die Intestaterbfolge, immer die Hälfte oder das Dritttheil der ganzen Nachlassenschaft sein solle. Man stützt sich auf folgende Gründe:

a) Der Pflichttheil sei bloß eingeführt, um die Querel über lieblose Testamente auszuschließen. Er gebühre also nur Denen, welche zur Querel berechtigt seien, und zwar soweit, als ihnen die Querel zustehe. §. 6 Inst. de inoff. test. Wer also nicht klagen könne, könne auch keinen Pflichttheil fodern. So wenig nun Ascendenten mit Descendenten, und Geschwister mit Ascendenten in der Querel concurrirten, so wenig könne auch eine Concurrenz dieser Personen bei der Bestimmung des Pflichttheils derselben stattfinden.

b) Der Pflichttheil könne deshalb auf die Intestaterbportion des Notherben keinen Einfluß haben, weil die Ordnung in Ansehung des Rechts zur Querel von der Intestaterbfolgeordnung von jeher ganz verschieden gewesen sei. Denn nach der Querelordnung hätten die Ascendenten gleich nach den Descendenten, wenn schon Geschwister vorhanden waren, geklagt; und doch gingen ehemals Letztere den Ascendenten in der gesetzlichen Erbfolgeordnung vor. Ja, nach Nov. 118 hätten Eltern und leibliche Geschwister ein gleiches Intestaterbrecht, und doch komme den Letzteren die Querel nur dann zu, wenn eine persona turpis vorgezogen sei. Hieraus folge, daß auch bei Bestimmung des Pflichttheils der Eltern auf sie keine Rücksicht zu nehmen sei.

c) Diejenigen Gesetze (L. 8. §. 6 und 8 de inoff. test.), in welchen der Pflichttheil eine pars debitae ab intestato portionis genannt werde, redeten bloß von dem Pflichttheile der Kinder, wobei es freilich gleich viel sei, ob man den Pflichttheil einen Theil des ganzen Nachlasses oder einen Theil der Intestatportion nenne; allein davon lasse sich auf den Pflichttheil anderer Notherben um so weniger ein giltiger Schluß machen, als der Fall bei Kindern nur zufällig jene Ansicht enthalte. Daß in andern Fällen auf die Intestaterbportion keine Rücksicht zu nehmen sei, erhelle daraus, daß auch die quarta Falcidia, nach deren Analogie der Pflichttheil seine erste gesetzliche Bestimmung erhalten habe, quarta pars omnium bonorum sei. So wie nun also der Testator dem eingesetzten Erben den vierten Theil der Erbschaft unbeschwert hinterlassen müsse, so müsse auf gleiche Weise dem Notherben der vierte Theil der ganzen Erbschaft hinterlassen werden.

d) Wollte man auch zugeben, der Pflichttheil sei nicht bloß bei Kindern, sondern auch bei Ascendenten und Geschwistern immer ein Theil der Intestaterbportion, so würde doch auf jeden Fall der Antheil des bei der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählenden Intestaterben den Pflichttheilsberechtigten accresciren. Denn daß das jus accrescendi auch bei der legitima stattfinde, sage L. 23. §. ult. D. de inoff. test., vergl. L. un. C. Quando non petent. port. petent. accresc.

Hering in diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis (1746).

Wagner in Diatriba, in qua demonstratur, parentum portionem legit. tot. hered. trientem esse (1772).

Gelmar, von dem Pflichttheil der Eltern u. s. w. (1785).

Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 1 u. 9.

Madihn in progr. de port. legitima, non portione portionis ab intest. debitae (1788).

Madihn, Miscellen Nr. 34 (1814).

Siehe die Widerlegung dieser einzelnen Gründe in Glück, Pand. Bd. 7. S. 44 f.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 256 f.

Andere meinen, das alte Princip, wonach der Pflichttheil eine portio portionis ab intestato sei, wäre nicht geändert. Denn wenn auch zugegeben werden müsse, daß Justinian in der Nov. 18 collectiv rechne, so erkläre sich dies doch leicht, weil in dem Falle, den er hier zunächst allein vor Augen gehabt, nämlich bei dem Pflichttheil von Kindern ersten Grades, beide Berechnungsarten gleiche Resultate geben. Daher rechne der Kaiser schon in §. 7 Inst. de inoff. test. ganz eben so, obwohl damals doch anerkannter Weise der Pflichttheil eine Quote der Intestaterbportion war; und daß er wirklich durchaus keine Veränderung, als nur die Erhöhung des quoten Theils von $^1/_4$ auf $^1/_3$ und $^1/_2$ beabsichtigt, und die übrige Beschaffenheit des Pflichttheils ganz bei dem Alten gelassen habe, sage er uns selbst in Nov. 13. c. 2 und Nov. 39. c. 1, sowie er in Nov. 22. c. 48 den Pflichttheil geradezu als Theil der Intestaterbportion betrachte. Vor Allem müsse uns von jener Collectivberechnung die Absurdität abhalten, zu der wir dadurch gelangen würden; denn danach würde nicht selten der Pflichttheil größer sein, als die Intestatportion, namentlich wenn mit Pflichttheilsberechtigten noch andere Intestaterben zusammentreffen, welche keinen Anspruch auf den Pflichttheil hätten.

Thibaut, System §. 811. Nr. 4 d. 7. Aufl.

Günther, princ. jur. Rom. §. 739. Nro. II. 3.

Schweppe, röm. Pr.-R. §. 959. (Aufl. 3.)

Hufeland, Civilr. §. 1160.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 490.

Seuffert, Lehrb. §. 653 A.

Haimberger, jus Rom. priv. §. 327.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 261.

v. Vangerow, Pand. §. 475.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 44.

Francke, Notherbenrecht S. 21.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 124.

IV.

Streitig ist, ob ein rechtmäßig enterbtes

ausgeschlossen ist. Dagegen wird der Unterschied z. B. in folgenden Fällen wichtig:



A ist enterbt; das Vermögen beträgt 12,000 Thlr.; B, C, und D sind jeder auf den Pflichttheil eingesetzt; im ersten Falle erhält Jeder 1000 Thlr., im zweiten Falle 1333 Thlr. 10 Sgr.



A, B, C und D sind enterbt, E aber auf den Pflichttheil eingesetzt; im ersten Falle erhält E bei einem Gesammtnachlasse von 10,000 Thlrn. die Hälfte von 2000 Thlrn., also 1000 Thlr., im zweiten Falle $^1/_3$ von 10,000 Thlrn., also $3333^1/_3$ Thlr.



A ist auf den Pflichttheil, B sonst zum Erben eingesetzt, bei einem Vermögen von 1200 Thlrn. Im ersten Falle bekommt A 200 Thlr., im zweiten Falle 400 Thlr.

Kind, bei der Berechnung des Pflichttheils der übeigen daein eingesetzten Kinder, mitzuzählen sei, und zwar

a) ob der Enterbte mitzuzählen sei, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil der übrigen Kinder die Hälfte oder nur ein Drittheil iheer Intestaterbportion betrage — an exheredatus numeeum faciat? —

Einige verneinen diese Frage; denn nach den Gesetzen L. 10. §. 4 D. de bon. poss. contr. tab. 37, 4. L. 1. §. 5 D. de conjung. cum emanc. libeeis 37, 8 werde ein Enterbter einem Todten gleich geachtet; er sei also auch bei der Berechnung des Pflichttheils als Jemand anzusehen, der nicht existire.

Schiller, prax jur. Rom. exerc. 14. §. 79.
Voet ad tit. D. de inoff. test. §. 49.
Stryk, cautela test. cap. 17. membr. 1. §. 21.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 4.
Böhmer, tlig. ad tit. 5. 2. §. 6.

Andere meinen, der giltig Enterbte werde mitgezählt; denn er würde ja auch ab intestato mit concurriren, und der den Andern gebührende Pflichttheil sei nur ein Theil von deren Intestaterbportion. In der L. 1. §. 5 cit. werde zwar gesagt, exheredatus pro mortuo habetur; allein hieraus folge nicht, daß er in allen rechtlichen Beziehungen für todt gelte. Da er aber, wäre kein Testament vorhanden, bei der Intestaterbfolge mit concurriren würde, und der Pflichttheil der anderen Kinder nue eine Quote ihrer Intestaterbportion sei, so folge daraus von selbst, daß der Enterbte auch mitzuzählen sei. Die L. 8. §. 8 cit. gehöre nicht hierher, da sich dieselbe gar nicht auf die Berechnung des Pflichttheils beziehe, sondern auf die davon ganz verschiedene Frage, welchen Erbtheil der nicht Exheredirte mit der Querel in Anspruch nehmen könne.

Huber, prael. ad P. 5. 2. §. 14.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 32.
Hommel, Rhapsod. obs. 199. Nro. 1.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 2 Med. 84
Westphal, von Testam. §. 395.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. Bemerk. 37.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1713.
Francke, Notherbenrecht S. 213.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 258. Not. 85.
v. Vangerow, Pand. §. 475.

Andere unterscheiden, ob das Kind einer solchen Ursache wegen enterbt worden, weshalb dasselbe, auch wenn der Vater ohne Testament verstorben wäre, als indignus von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sei (Nov. 115. c. 3. §. 9. 12. 14), und zählen den Enterbten in diesem Falle nicht mit, oder ob solcher Fall nicht vorliege, wo dann der Enterbte mitzuzählen sei. Im erstern Falle sei ja der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 124.
Mayer, diss. de terminanda legit. quantitate §. 13.

Hiergegen wird erinnert, daß dem indignus die Erbschaft deferirt werde, er könne das Recht sogar erwerben, nue werde es ihm wieder entrissen. L. 29. §. 1 de jure fisci 49, 14. L. 8. L. 18 §. 1 de his quae ut indign. 34, 9. Weede nun sogar der Enterbte mitgezählt, dem doch das Erbrecht gar nicht einmal anfalle, so müsse noch mehr der mitgezählt werden, welcher als Erbe erscheine, obgleich ein Anderer an seine Stelle trete.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 263.
Roßhirt, Erbrecht S. 55.

V.

b) Ist das enterbte Kind auch bei der Vertheilung des Pflichttheils mitzuzählen, so daß für dasseibe ebenso gut ein Theil ausgesetzt werden muß, obgleich es nichts davon bekommt? — an exheeedatus paetem faciat (ad minuendam legitimam)?

Einige verneinen dies aus dem sub a) genannten Grunde, exheredatus pro moetuo habetur,

siehe die sub a) Allegirten,

und auch einige Anhänger der Ansicht, daß der Enterbte mitgezählt werden müsse, verneinen dies bei der voeliegenden Frage, weil das jus accrescendi jederzeit bei Berechnung des Pflichttheils stattgefunden habe. L. 17 D. de inoff. test. 5, 2.

Hellfeld, jurispr. for. §. 549.
Breuning, diss. jur. civ. de filio juste exheredato cap. 3. p. 17.
Madihn, princ. jur. R. de success. §. 145.
Madihn, Miscellen Nr. 34.
Westenberg, diss. IV. de port. legit. c. 4. §. 17.

Andere bejahen die Frage, weil man sonst gegen deutliche Gesetze, L. 8. §. 8 D. de inoff. test. 5, 2. L. 17 eod. verstoße. Der Natur der Sache nach könne hier kein jus accrescendi statthaben und die L. 17 cit. rede von der Frage, ob bei der Inofficiositätsquerel das jus accrescendi eintrete.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 126.
Cocceji, jur. civ. controv. 5. 2. qu. 18.
Vinnius, sel. jur. quaest. lib. 1. c. 21.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1713.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 701.
v. Vangerow, Pand. §. 475.
Francke, Notherbenrecht S. 215
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 261.

VI.

c) Wem fällt des Enterbten Antheil zu?

Einige meinen, daraus, daß der Enterbte bei der Berechnung des Pflichttheils ebenso mitzuzählen sei, als ob er miterbte, folge, daß der Pflichttheil der übeigen Kinder dadurch auf keine Weise einen Zuwachs erhalten könne; denn ihnen gehöre nicht mehr als ein Drittheil oder resp. die Hälfte des Intestaterbtheils, welchen sie vollkommen erhalten müßten. Auf den Theil des enterbten Kindes hätten sie kein Recht.

Struv, exerc. 10. th. 32. Nro. 32.
Westphal, von Testam. §. 395 a.
Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 3.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1713.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 129.

Andere unterscheiden, ob der Enterbte klage oder nicht. Im ersten Falle accrescire dessen Pflichttheil den übrigen Kindern, der Kläger möge den Proceß verloren oder liegen gelassen haben, arg. L. 16. L. 23. §. 2 D. de inoff. test. 5, 2. Im zweiten Falle bleibe der

Antheil des Enterbten bei dem eingesetzten Haupterben (L. 8. §. 8 eod.), wenn nicht etwa der Enterbte, repudiantis animo, die Klage unterlassen haben sollte, in welchem Falle dessen Portion den übrigen Kindern zufalle (L. 17 pr. eod.).

Claproth, diss. de computo legitimae secundum personas §. 27.

Hiergegen wird erinnert, daß die allegirten Gesetze bloß auf das Accrescenzrecht bei der Querel sich bezögen, hiervon sich aber auf den Pflichttheil kein gültiger Schluß machen lasse.

Westphal, von Testam. §. 1025.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 130.

VII.

Streitig ist, ob ein Kind, welches bei Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der künftigen Erbschaft entsagt hat, bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sei.

Einige unterscheiden, ob die Entsagung gegen eine Abfindung geschah oder nicht. Im ersten Falle sei das Kind mitzuzählen, sowohl wenn es auf Vermehrung des Pflichttheils bis auf die Hälfte der Intestatportion, als wenn es auf Verminderung des Pflichttheils ankomme. Denn da das entsagende Kind durch seine Abfindung das Vermögen des Vaters vermindert habe, so müsse es auch den übrigen Kindern in Rücksicht der Zahl zu Gute kommen. Der Antheil desselben accrescire jedoch nicht den übrigen auf den Pflichttheil instituirten Kindern, sondern den neben ihnen eingesetzten Erben. — Wäre jedoch die Entsagung, ohne Abfindung, bloß zu Gunsten einer gewissen Person geschehen, so accrescire der Antheil des entsagenden Kindes der dadurch begünstigten Person allein.

Voet, Comment. ad P. 5. 2. §. 49 u. 50.

Andere behaupten gerade das Gegentheil. Das entsagende Kind sei mitzuzählen, wenn es, ohne etwas dagegen zu erhalten, der Erbschaft des verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten entsagt habe; sei es aber gehörig abgefunden, so sei dessen Portion vom Pflichttheil der übrigen Kinder abzuziehen, weil es seine legitima schon beim Leben des Ascendenten erhalten, und folglich dieselbe nicht zweimal gegeben werden könne.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 4. Nro. 2.

Andere wollen ein abgefundenes Kind bei Berechnung des Pflichttheils nur insofern mitgezählt wissen, als dadurch die Größe des Pflichttheils überhaupt vermindert werde, nicht aber, wenn der Pflichttheil durch Mitzählung des abgefundenen Kindes bis zur Hälfte des Intestaterbtheils vergrößert werden sollte.

Fachinaeus in contrlandov. jur. lib. 4. c. 31. conc. 4.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 32.
Carpzov, P. III. const. 10. def. 14.

Andere meinen, daß, wenn eine sogen. Grund- oder Todtheilung geschehen, das auf solche Art abgesonderte Kind nach deutschen Sitten in Rücksicht auf die Eltern als todt und schon vor den Eltern gestorben zu betrachten sei, also auch kein Recht zur Intestaterbfolge haben könne, mithin auch weder Verminderung noch Vergrößerung des Pflichttheils durch Mitzählen bewirken könne*).

Semler, Untersuchung, ob die begathenen oder abgesonderten Kinder bei der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen sind oder nicht.

Andere verwerfen alle diese Unterscheidungen und nehmen an, daß ein Kind, welches der Erbschaft bei Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten entsagt habe, sowohl quoad partem als quoad numerum bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sei. Denn durch den Erbverzicht werde das Erbrecht des Verzichtenden nicht ipso jure aufgehoben; ihm werde immer die Erbschaft deferirt, nur stehe seiner Antretung eine exceptio pacti entgegen. Diese Ansicht werde durch L. 1. §. 3 D. si quis a parente manumissus 37, 12 unterstützt.

März, tr. de legitima qu. 4. Nro. 21.
Hommel, Rhapsod. Vol. 1. obs. 199. Nro. 1.
Cocceji, diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt sect. 6.
Pufendorf, obs. 238.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. Bem. 37.
Walch, introd. in contr. jur. civ. p. 195.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 135.

Andere meinen, der Entsagende sei niemals mitzuzählen, gleichviel ob der Erbverzicht gegen eine Abfindung erfolgt sei oder nicht. Denn man müsse von dem gewiß richtigen Satze ausgehen, daß nach deutschrechtlichen Grundsätzen dem giltig Verzichtenden die Erbschaft gar nicht deferirt werden könne, und daß er also nicht bloß vermöge einer exceptio pacti ausgeschlossen werden könne, sondern daß, wie affirmative Erbverträge

---

*) Zufolge der bei dem Obertribunal zu Berlin adoptirten Ansicht tritt nach den Grundsätzen der in Minden, Ravensburg und Paderborn hergebrachten ehelichen Gütergemeinschaft bei einer Ehe, aus welcher Kinder nachgelassen sind, durch den Tod des einen Ehegatten keine Consolidation der Rechte beider Eheleute in der Person des überlebenden ein, vielmehr gelangen die Kinder sofort zum Erbrecht und Miteigenthum (zur Hälfte des Gesammtvermögens), und die Rechte des überlebenden Ehegatten auf das Gebiet der Kinder beschränken sich auf ein bloßes Nießbrauchs- und ausgedehntes Verwaltungsrecht. Dem überlebenden Ehegatten steht die Befugniß zu, die Kinder während seines Lebens *durch Zuschichtung ihrer Hälfte auch von seinem künftigen Nachlasse abzufinden.* Folgt nun aus dieser Befugniß, daß er ihnen auch *letztwittig aus seiner Vermögenshälfte keinen Pflichttheil* zu hinterlassen brauche? Keineswegs. Denn eine solche völlige Abfindung, die sogenannte Todtheilung, kann gerade nur als eine Wirkung der erfolgten Abschichtung betrachtet werden, wodurch erst der Schichtgeber von der Verpflichtung, einen Pflichttheil zu hinterlassen, befreit wird; wogegen er aber auch, was wohl zu beachten ist, seinerseits den Schichttheil der Kinder der ihm sonst vermöge der communio prorogata zustehenden freien Abnutzung entzieht, und diese Nutzung den abgeschichteten Kindern, wenigstens bei deren Großjährigkeit oder Verheirathung, überlassen muß. Sofern nun dieser Vortheil und dieses Aequivalent, — weshalb man hin und wieder, wo die Todtheilung gilt, gerade die abgeschichteten Kinder im Verhältnisse zu den übrigen sogar für begünstigt erachtet, — den Kindern vermittelst der Abschichtung nicht zugeflossen ist, der überlebende Ehegatte vielmehr die Nutzung der gesammten Masse bis an seinen Tod behält, so ist auch keineswegs derselbe Grund vorhanden, ihn bei seiner letztwilligen Verordnung von der Pflicht, seinen Kindern einen Pflichttheil (von *seiner* Gesammtvermögenshälfte) zu hinterlassen, zu befreien.

Erk. des Obertribunals zu *Berlin* vom 13. April 1853.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 56.

ipso jure ein Erbrecht begründeten, so Erbverzichte dasselbe geradezu nehmen müßten.

Francke, Notherbenrecht S. 216.
Hasse im Rhein. Museum Bd. 2. S. 151 u. 169.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 265.
v. Vangerow, Pand. §. 475.
Holzschuber, Th. 2. Abth. 1. S. 707.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 126.

VIII.

Unter den Anhängern der Ansicht, daß das entsagende Kind bei der Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werde, herrscht Streit, wem der Antheil eines solchen Kindes zufalle.

Einige meinen, daß dieser Antheil dem vom Vater begünstigten oder außer den Kindern eingesetzten Haupterben zu Gute kommen müsse, und solches im Zweifel vermuthet werde.

de Poll, de exhered. et praeterit. p. 308.
Quistorp, rechtliche Bemerk. Th. 2. Bemerk. 37. S. 132.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 136.

Andere unterscheiden, ob die Entsagung der Erbschaft bloß zu Gunsten eines der Geschwister, oder ob sie schlechthin geschehen sei. Im erstern Falle solle der Antheil dem allein, zu dessen Gunsten der Verzicht ausdrücklich geschehen sei, in dem andern Falle aber sämmtlichen Geschwistern zufallen.

Pufendorf, observ. jur. univ. obs. 238. §. 4 u. 5.
Claproth, diss. de computo legit. second. personas §. 28.
Kellenbentz, de renunciat. succ. qu. 38. p. 481.

IX.

Streitig ist, ob ein Notherbe, welcher nach dem Tode des Erblassers seinen Antheil ausschlägt, bei der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Berechtigten mitzuzählen sei.

Einige meinen, wenn der Notherbe, ohne eine Abfindung erhalten zu haben, entsage, so sei er mitzuzählen; sei er aber abgefunden, so sei dessen Portion vom Pflichttheile der übrigen Kinder abzuziehen.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. p. 399.

Andere meinen, daß ein Kind, welches nach dem Tode des Ascendenten die Erbschaft ausgeschlagen habe, bei der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sei; folglich betrage der Pflichttheil der übrigen Kinder, wenn mit Einrechnung des entsagenden Kindes fünf vorhanden sein sollten, die Hälfte des Intestaterbtheils,

de Poll, de exhered. et praeterit. r. 65. §. 6.
Carpzov, P. III. const. 10. def. 15.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 32.

und nur darüber beständen verschiedene Ansichten, wem der Antheil des repudiirenden Kindes zufalle, indem Einige meinen, diese Portion accrescire den übrigen Kindern,

Carpzov, P. III. const. 10. def. 15.
Quistorp, rechtl. Bem. Th. 2. Bem. 37. Not. h.

während Andere unterscheiden, ob der Entsagende ausdrücklich erklärt habe, zu wessen Besten er ausgeschlagen habe oder nicht. Im ersten Falle bekomme den Theil derjenige allein, zu dessen Gunsten die Entsagung geschehen, im zweiten Falle accrescire der Theil allen übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, mit Ausschluß des daneben eingesetzten fremden Haupterben.

Claproth, diss. de computo legitimae secundum personas §. 28.

Andere meinen, daß auch der eingesetzte Haupterbe ebenso wie die übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben ein Recht auf den Antheil des Entsagenden habe, und daß derselbe den Pflichttheilsberechtigten nur dann ausschließlich accrescire, wenn ihnen titulo legati dergestalt nachgelassen, daß sie als collegatarii zu betrachten seien.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 32. Nro. 3.
Westenberg, diss. IV. de port. legit. c. 4. §. 17.

Andere meinen, der nach dem Tode des Erblassers verzichtende Notherbe sei unbedingt, und mit Verwerfung aller Distinctionen mitzuzählen, und sein Antheil falle, wofern nicht die Begebung ausdrücklich zum Vortheil eines bestimmten Notherben geschehen sei, bloß dem Haupterben zu.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 139.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 269
v. Vangerow, Pand. §. 475.

X.

Streitig ist, wie der Pflichttheil zu berechnen sei, wenn die überlebende Ehefrau*), sei es nach gemeinem (arme Wittwe) oder nach statutarischem Rechte, mit Pflichttheilsberechtigten zusammentrifft, insbesondere

a) ob der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft, oder erst nach Abzug des dem Ueberlebenden gebührenden Erbantheils zu berechnen ist.

Einige meinen, daß der Antheil der (armen) Wittwe einen Theil der Verlassenschaft ausmache, und deshalb dem Pflichttheile, welcher aus der ganzen Verlassenschaft zu berechnen sei, keinen Abbruch thun könne. Man stützt sich auf Analogie von Schenkungen und Vermächtnissen, sowie auf den Grundsatz, daß Statuten streng, und so viel möglich, dem gemeinen Rechte gemäß, zu erklären seien. Cf. auch Nov. 18. c. 1.

Carpzov, lib. 6. resp. 48.
Wernher, sel. obs. T. I. P. 1. obs. 190. P. III. obs. 47.
Leyser, sp. 91. m. 5.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 6.
Cocceji, jur. civ. controv. 5. 2. qu. 32.
Böhmer, auserl. Rechtsf. Bd. 1. Resp. 10. qu. 8.
Pütter, auserles. Rechtsf. Bd. 3. Th. 1. R. 260. qu. 4. Nr. 38.
Hellfeld, jurispr. for. §. 547.

Andere meinen, der Pflichttheil sei nur aus demjenigen Vermögen zu berechnen, welches nach Abzug der

*) Das OAG. Celle nahm in Sachen v. Linsingen c. v. Linsingen am 28. Juni 1800 den Grundsatz an, daß der Betrag oder Werth des Witthums, welches ein Vater bei einer andern Ehe seiner zweiten Ehefrau zusichert, den Erbantheil nicht übersteigen dürfe, der dem am geringsten bedachten Kinde erster Ehe zufällt, und daß am allerwenigsten durch das Vidualitium der Pflichttheil der Kinder erster Ehe geschmälert werden könne.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Th. 3. Nr. 38

statutarischen Portion des Ehegatten übrig bleibe. Denn aus dem Grundsatze, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion sei, folge, daß er nur aus demjenigen Nachlasse, welcher dem Notherben ab intestato angefallen sein würde, mithin nur aus demjenigen Vermögen berechnet werden könne, welches nach Abzug der statutarischen Erbportion des Ehegatten übrig bleibe.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 46.
Gmelin in Hofackeri princ. jur. civ. §. 1716.
Haubold ad Bergeri oecon. jur. T. I. p. 402.
Griesinger, Commentar über das würtemb. Landr. Bd. 6. S. 390. Not. v.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 101.

XI.

b) ob der hinterbliebene Ehegatte, welcher nach gemeinem oder statutarischem Rechte miterbt, auch mitzuzählen sei, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte oder ein Drittheil seiner Intestaterbportion verlangen könne.

Einige leugnen, daß der Ehegatte bei Bestimmung des Pflichttheils mitzuzählen sei. Denn der Satz, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion sei, könne nur auf solche Intestaterben bezogen werden, welche an dem den Notherben nach dem römischen Rechte zu ihrem Pflichttheile ausgesetzten Drittheil, oder der Hälfte des Nachlasses, miterbten, und also dieses Drittheil oder diese Hälfte durch ihren Beitritt schmälerten.

Cocceji, controv. jur. civ. 5. 2. qu. 30.
Malblanc, lig. P. II. sect. 2 §. 701.
Griesinger, Commentar über das würtemb. P.=R. Bd. 6. S. 392.

Andere unterscheiden: der überlebende Ehegatte solle zwar mitgezählt werden, um zu bestimmen, wie viel der Intestaterbtheil der Kinder betrage, allein dessen Dasein solle nichts zur Vermehrung des Pflichttheils der Kinder beitragen; so daß, wenn auch mit dem Ehegatten vier Kinder concurrierten, der Pflichttheil doch nicht die Hälfte des Intestaterbtheils betragen solle. Der Grund bestehe darin, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern in der gesetzlichen Erbfolge nicht concurrire, weil er die statutarische Portion als eine Schuld hinwegnehme.

Gmelin, princip. jur. civ. §. 1716.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 46.

Andere meinen, der Ehegatte sei auch mitzuzählen, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil $^1/_2$ oder $^1/_3$ betrage. Denn die Wittwe concurrire als gesetzliche Miterbin, — heres ab intestato, — neben den Pflichttheilsberechtigten, Nov. 53. c. 6. §. 1, vgl. mit Nov. 18. c. 1, und daß es Fälle geben könne, wo auch neben mehr als drei Notherben der Theil der Wittwe dem der übrigen Erben nicht gleich komme (Nov. 117. c. 5), ändere an der Sache nichts, wie ja denn überhaupt Justinian's Verordnung über die Größe des Pflichttheils auf ein regelmäßig fortschreitendes Zahlenverhältniß nicht basirt sei, folglich auch ihre Anwendung davon nicht abhängig gemacht werden könne.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 99 f.
Glück, diss. de constituenda legit. §. 23.
Francke, Notherbenrecht S. 218.
Mittermaier, d. P.-R. §. 411.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 270.
v. Vangerow, Pand. §. 475.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 127.

Präjudiz 1.

In der Proceßsache Buchholz w. Schrader verlangte die Klägerin von ihrem Bruder, dem Beklagten, Erhöhung der ihr von dem väterlichen Ackerhofe ausgesetzten Abfindung, weil sie durch die desfallsige Bestimmung ihres Vaters im Pflichttheile verletzt sei. Das OG. zu Wolfenbüttel nahm in dem Erkenntnisse vom 8. März 1858 an, daß, da der Pflichttheil nach der Zahl sämmtlicher mit einander zur Intestaterbfolge berufenen Personen bestimmt werden müsse, wozu in diesem Falle außer drei Abfindlingen auch der Beklagte (Hofannehmer) und die Mutter der Parteien (welcher in dem Hofverlaßcontracte ein Altheil verschrieben war) gehörten, und die Erbschaft sich hiernach bei der reinen Intestaterbfolge in mehr als vier Theile zerlegen würde, der Pflichttheil in der Hälfte des Intestaterbtheils bestehe.

Der Cassationshof zu Wolfenbüttel vernichtete am 3 Juni 1858 die auf diese Ansicht gestützte Entscheidung des OG. aus folgenden Gründen:

Nach den Grundsätzen des hier geltenden Bauernrechts wird die Erbmasse nicht durch die Summe der zu zahlenden Abfindungen, sondern durch das Bauergut selbst repräsentirt, so daß das Gut abzüglich der Abfindungen als der Erbtheil des Anerben, die Abfindungen aber als die Erbtheile der zur Hofesnachfolge nicht berufenen Kinder erscheinen. Hieraus folgt, daß die Abfindungen frühestens bei der Abtretung des Hofes gefordert werden können, und unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkte vorhandenen wirthschaftlichen Kräfte des Bauerguts, bei deren Erhaltung das öffentliche Wohl wesentlich interessirt ist, ermittelt werden müssen.

Der überlebenden Wittwe kann bei beerbter Ehe überall kein Erbrecht an dem Bauergute zugestanden werden; ihr gebührt vielmehr (abgesehen von einer wegen Minderjährigkeit des Anerben etwa nothwendigen Interimswirthschaft) nur ein Recht auf den lebenslänglichen Genuß des Altentheils, welchen der Hofsnachfolger als eine dem Gute anklebende Reallast zu prästiren hat. Als Miterbin erscheint sie nur in Beziehung auf einen außer dem Bauergute etwa vorhandenen Allodialnachlaß nach der Verordnung vom 30. Dec. 1754, von welchem jedoch hier keine Rede ist.

Insofern nun die sent. a qua, von der unrichtigen Voraussetzung, daß die Mutter der Parteien Miterbin sei, und die Erbschaft, d. h. hier der Ackerhof Nr. ass. 25 in Mascherode, bei der reinen Intestatsuccession in mehr als vier Theile sich spalten würde, ausgehend, den Pflichttheil der Klägerin auf die Hälfte ihrer Intestaterbportion festgestellt hat, verstößt sie gegen jenen bauerrechtlichen Grundsatz.

Zeitschr. f. Rechtspflege f. Braunschweig Jahrg. 5. S. 125 f.

XII.

Streitig ist, wie der Pflichttheil der Enkel zu bestimmen sei.

Einige meinen, sobald mehrere Stämme vorhanden seien, müsse auf die Zahl der Stämme gesehen werden, und so lange nur vier Stämme vorhanden seien, betrage der Pflichttheil stets ein Drittheil; wenn aber nur Enkel von einem Kinde als die einzigen Erben vorhanden seien, müsse man auf deren Zahl sehen. Diese Ansicht stützt sich auf das sogen. Repräsentationsrecht, wonach die Enkel aus dem Rechte ihres verstorbenen Ascendenten, wenn aber nur Enkel eines Kindes vorhanden sind, aus eigenem Rechte den Großvater beerben.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 42.
Stryk, caut. test. cap. 17. memb. 1. §. 22.
Westenberg, de portione legitima diss. 3. cap. 3 §. 2.

Andere sehen stets auf die Zahl der Stämme, so daß erst, wenn deren mehr als vier sind, der Pflichttheil auf die Hälfte steigt. Zur Begründung dieser Meinung wird angeführt, daß auch ab intestato die Enkel nur nach Stämmen succedirten, und da der Pflichttheil aus der Intestaterbportion berechnet werde, so sei die Theilung nach Stämmen auch hier zu befolgen; ferner sei die L. 8. §. 8 D. de inoff. test. und die eigenen Worte in Nov. 18. c. 1 und 4 für diese Ansicht.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 48.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 4.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1713.
Möller, die Lehre vom Pflichttheil §. 94—97.
Fritz in seiner Ausgabe von Wening-Ingenheim zu §. 490.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 60—65.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 272.

Siehe die Widerlegungen bei

Francke, Notherbenrecht S. 222 f.
v. Vangerow, Pand. §. 475.

Andere meinen, allerdings müsse die Zahl der Stämme berücksichtigt werden, um die Größe der Intestatportion zu bestimmen, und sei dieselbe insofern auch für die Bestimmung des Pflichttheils von Einfluß. Dem Geiste der Nov. 18 nach müsse man aber weiter so sagen: Justinian wollte, daß, wenn die Intestatportion groß sei, der Pflichttheil eine kleinere, wenn aber die Intestatportion klein sei, der Pflichttheil eine größere Quote derselben betragen solle, und danach müsse man denn seine Verordnung so auffassen: Wenn die Intestatportion eines Pflichttheilsberechtigten ein Viertheil oder mehr als $^1/_4$ des ganzen Vermögens beträgt, so besteht der Pflichttheil aus $^1/_3$ dieser Portion, beträgt aber die Intestatportion weniger als $^1/_4$, so besteht der Pflichttheil aus $^1/_2$ derselben.

Schömann, Handb. Bd. 2. S. 75.
Meier in Schweppe's Handb. §. 936.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 490.
Francke, Notherbenrecht S. 221.
v. Vangerow, Pand. §. 475.

Andere drücken die Regel so aus: wenn die Intestatportion $^1/_4$ oder mehr beträgt, so ist der Pflichttheil $^1/_3$, wenn aber die Intestatportion $^1/_5$ oder weniger ausmacht, so ist der Pflichttheil $^1/_2$.

Schweppe, röm. Pr.-R. §. 959.
Weber zu Höpfner's Institut. §. 473 b.

Ueber die Inconvenienzen dieser Regel siehe

v. Vangerow, Pand. §. 475 a. E.

Andere meinen, daß wenigstens in dem Falle, wenn mehrere Enkel von einem einzigen Sohne oder von einer einzigen Tochter vorhanden sind, die Enkel als solche betrachtet werden müßten, welche in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder ihrer Mutter eintreten, und es müßte deshalb die Größe des Pflichttheils nicht nach der Zahl der Köpfe der Enkel, auch wenn deren fünf oder mehrere vorhanden seien, berechnet werden, sondern der Pflichttheil betrage immer nur ein Drittheil. Denn der Vater würde ja nicht mehr als ein Drittheil bekommen haben, wenn er in den Pflichttheil eingesetzt wäre, und die Enkel eines Stammes könnten nicht mehr als die Stammportion erhalten.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 48.
Madihn, princip. jur. Rom. de success. §. 145. not. b.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1713.
Siebenkees, vom letzten Willen §. 84.
Griesinger, würtemberg. Landrecht Bd. 6. §. 93. S. 398.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 64.

Andere wollen auch in diesen Fällen die Größe des Pflichttheils danach berechnen, ob der Intestaterbtheil $^1/_3$ oder weniger betrage. Denn, daß die Enkel nur den Theil erhalten sollen, welchen ihr Vater, im Fall er noch lebte, erhalten würde, sei bloß für die Intestatsuccession vorgeschrieben, und daß der Pflichttheil ihrer Anzahl wegen größer sei, wie der dem Vater gebührende sein würde, sei den Worten Justinian's ganz angemessen, da diese allenthalben die Berücksichtigung der Zahl der Erben vorschreiben.

Francke, Notherbenrecht S. 225.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 956.
Schömann, Handb. Bd. 2. S. 75.
v. Vangerow, Pand. §. 475.

Präjudiz 1.

In S. Pape c. Strube erkannte das OLG. zu Wolfenbüttel unterm 6. Febr. 1845:

Wie die Größe des Pflichttheils bei Enkeln zu bestimmen sei, ist, da Justinian's Gesetzgebung diese Frage nicht ausdrücklich berührt und entschieden hat, eine bekannte, seit langer Zeit mannichfach zu lösen versuchte Controverse. Die von dem Kläger aufgestellte Behauptung ist, daß ohne Rücksicht auf die Stämme, denen sie angehören, die Größe des Pflichttheils lediglich nach der Anzahl der concurrirenden, zu verschiedenen Stämmen gehörenden, Enkel selbst zu bestimmen sei. Allein da Enkel in Bezug auf die Beerbung des Großvaters, so weit sie zu einem Stamme gehören, immer nur als eine juristische Einheit gelten, und das, was der parens praedefunctus von der Erbschaft erhalten würde, als die ihnen angefallene Erbmasse angesehen wird, so hat diese Theorie alle Rechtsanalogie wider sich.

L. 11. §. 4 D. de bon. poss. c. t. 37, 4.

Es ist vielmehr dem Geiste und dem Inhalte der Gesetze über die Intestatsuccession, sowie den Pflichttheil der Notherben weit angemessener, wie in der sententia a qua unter Berufung auf die bewährtesten Rechtslehrer gezeigt ist, den Pflichttheil der Enkel danach zu bestimmen, wie viel Stämme in Bezug auf die Erbschaft des Großvaters vorhanden sind, und je nachdem hier vier oder weniger, oder fünf und mehr Stämme concurriren, den Pflichttheil des Enkels auf $^1/_3$ oder $^1/_2$ seiner Intestatportion zu bestimmen, oder, wofür die Billigkeit und eine Rechtsanalogie sprechen möchte, auch die Anzahl der in einem und demselben Stamme concurrirenden Enkel, weil ja gerade das, was der vorverstorbene unmittelbare Descendent erhält, die Erbmasse eigentlich für dessen Kinder bildet, zu beachten, und danach, ob fünf oder mehr, oder vier oder weniger Enkel in einem Stamme vorhanden sind, den Pflichttheil auf die Hälfte der Intestaterbportion festzustellen, auch in dem Falle, wenn nach der Anzahl der Stämme an sich der Pflichttheil nur ein Drittheil der Intestatportion sein konnte.

Francke, Notherbenrecht S. 221 f.
Glück, Commentar Th. 35. S. 275. Th. 7. S. 60.

Vergl.

Wening-Ingenheim, Lehrb. (1. Aufl.) Bd. 3. S. 138.
Schweppe, röm. Pr.-R. (4. Aufl.) S. 956.
Brann, Erörter. zu Thibaut's Pand. Th. 2. S. 744.

Nach den beiden zuletzt erwähnten Rechtsansichten kann, da hier nur zwei Stämme, und in dem einen Stamme des Klägers nur vier Enkel vorhanden sind, übrigens der Pflichttheil des Klägers nur ein Drittheil der Intestatportion desselben sein.

Das OAG. bestätigte unterm 26. Mai 1848 aus folgenden Gründen:

Bei der Berechnung des Pflichttheils der succedirenden Enkel ist nach der richtigen, auf die anzunehmende Absicht des Gesetzgebers in Nov. 18. c. 1 sich stützenden Theorie zunächst auf die Zahl der Stämme zu sehen, indem die Enkel auch ab

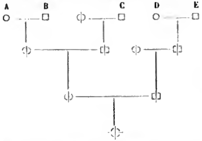
intestato nur nach Stämmen succediren, und der Pflichttheil aus der Erbportion berechnet wird.

Nach beiden, in der sententia a qua bezeichneten Rechtsansichten würde daher des Klägers Pflichttheil nur $^1/_3$ seiner Intestaterbportion, d. h. da diese nur $^1/_8$ des Vermögens des Erblassers ausmacht, $^1/_{24}$ dieses Vermögens betragen. Der Meinung des Klägers und Appellanten aber, daß ohne Berücksichtigung der Stämme, nach der Kopfzahl der concurrirenden Enkel die Berechnung zu geschehen habe, wonach sich dann sein Pflichttheil auf $^1/_{18}$ des Vermögens ergeben würde, ist nicht beizupflichten.

XIII.

Streitig ist, ob der Pflichttheil der Eltern bis auf die Hälfte steige, oder ob er immer nur ein Drittheil der Erbschaft sei, welche ihnen ab intestato zugefallen sein würde, und zwar

a) wenn bloß Ascendenten concurriren, z. B. in folgendem Falle:



Einige meinen, daß im obigen Falle der Pflichttheil nach Köpfen zu berechnen sei, und $^1/_2$ betrage. Es trete nämlich hierbei derselbe Grundsatz, wie bei der Pflichttheilsberechnung der Enkel ein, nämlich, wenn die Intestatportion eines Pflichttheilsberechtigten ein Viertheil oder mehr als $^1/_4$ des ganzen Vermögens ausmache, so bestehe der Pflichttheil aus $^1/_3$ dieser Portion; betrage die Intestatportion weniger als $^1/_4$, so bestehe der Pflichttheil aus $^1/_2$ dieser Portion. Die Gründe für diese Ansicht sind dieselben wie bei der Pflichttheilsberechnung der Enkel c. 12.

Westenberg, diss. III. de portione legitima cap 3. §. 19 u. 20.
Madihn, princip. jur. Rom. de successione. §. 145.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1714. Nro. 2.
v. Vangerow, Pand. §. 475 a. E.
Renets im Rechtslexikon Bd. 8. S. 128.

Andere meinen, der Pflichttheil sei nach Linien zu berechnen und die in dem Beispiele aufgeführten A, B, C, D und E müßten sich mit einem Drittheil der Intestaterbschaft begnügen; es folge dies daraus, daß nach Nov. 118. c. 2 eine successio in lineas stattfinde, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre. Nun sei aber der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, folglich müsse diejenige Art der Erbfolge eintreten, welche ab intestato zum Grunde gelegt sei.

Grevs, exercit. ad P. loca difficiliora exercit. 7. § 19. p. 184.
Haubold ad Bergeri oecon. jur. T. I. p. 398. not. a
Emminghaus ad Cocceji jus contr. 5. 2. qu 28. not. l.

Glück, diss. de constituenda legit. port. parent. quant. sect. 2. §. 18. p. 141.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 54.

XIV.

b) Wenn außer den Ascendenten noch leibliche Geschwister des Erblassers vorhanden sind, welche ab intestato mitgeerbt haben würden.

Einige meinen, wenn die Ascendenten mit den Geschwistern die Zahl von fünf oder mehr Personen ausmachen, so müsse der Pflichttheil der Eltern auf die Hälfte steigen. Auch hier sind dieselben Gründe, welche bei der Pflichttheilsberechnung der Enkel c. 12 geltend gemacht werden.

Noodt, Comm. ad II. 5. 2. T. II. p. 173.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 43.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 13.
Westenberg, diss. III de port. legit. c. 3. §. 19.
Cocceji, jur. civ. contrav. 5. 2. qu. 28 in f.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1714.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 57.
v. Vangerow, Pand. §. 475.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 128.

Andere meinen, der Pflichttheil der Eltern könne stets nur den dritten Theil der Intestaterbportion betragen, und auf die Zahl der Geschwister sei keine Rücksicht zu nehmen; denn nur die Personen könnten mitgezählt werden, denen ein Pflichttheil wirklich zukomme.

Colmar, von dem Pflichttheil der Eltern.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 145 in f.
Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 9.

Andere meinen, daß zwar in **Berechnung des Pflichttheils** die Personen, nach deren Anzahl die Theile der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen seien, mitgezählt werden müßten, obgleich sie selbst den Pflichttheil nicht fordern könnten; aber unrichtig sei es, eben dieses auch bei der **Bestimmung des Pflichttheils** überhaupt, ob er nämlich $^1/_3$ oder $^1/_2$ sein soll, in Anwendung zu bringen. Dies hänge bloß von der Zahl der Personen ab, denen der Pflichttheil gebühre. Hiernach seien also zwar bei der Berechnung des Pflichttheils der Eltern die Geschwister mitzuzählen, um den Intestaterbtheil der Eltern auszumitteln, allein die Concurrenz der Geschwister könne nie bewirken, daß die legitima der Eltern bis auf die Hälfte des Intestaterbtheils steige.

Faber, de error. Pragm. decad. 15. err. 4.
de Pull, de exhered. et praet. c. 64. § 12 u. 13. c. 65. § 4.
Weber zu Höpfner's Instit. § 473 Not. 8

Andere unterscheiden, ob die Geschwister neben den Eltern zu Erben eingesetzt, oder mit Uebergehung derselben den Eltern bloß der Pflichttheil nachgelassen sei. Im ersten Falle seien die Geschwister bei der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern mitzuzählen, und derselbe betrage daher nach der Zahl sämmtlicher Intestaterben $^1/_3$ oder $^1/_2$ des Intestaterbtheils. Im letzten Falle komme es darauf an, ob eine persona turpis eingesetzt sei oder nicht; sei solche nicht eingesetzt, so betrage der Pflichttheil der Eltern immer ohne Rücksicht auf die Geschwister $^1/_3$, sei eine persona turpis eingesetzt, so seien die Geschwister mitzuzählen.

Cujacius in expos. Novellar. ad Nov. 18.
Stryk, cautela test. cap. 17. membr. 1. §. 24.
Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 47.

XV.

Streitig ist, nach welchem Zeitpunkte das Vermögen, woraus der Pflichtthril zu berechnen ist, zu bestlmmen ist, namentlich in Fällen, wo das Vermögen nach dem Tode des Erblassers vermehrt oder vermindert ist.

Einige meinen, daß das Vermögen, woraus der Pflichttheil zu berechnen sei, überhaupt und ohne Ausnahme nach der Zeit, wo der Erblasser mit Tode abgegangen, zu bestimmen sel. L. 6 C. de inoff. test. L. 8. §. 9 D. eod. L. 39 D. de verb. sign. Diese Meinung werde durch eine analoge Entscheidung über den Pflichttheil des Patrons bestätigt, L. 44. §. 2 D. de bonis libert. 38, 2. Auf die Art, wie die Hinterlassung erfolge, sei kein Gewicht zu legen. Auch würde es inconsequent sein, wenn man gerade für denjenigen, welchem titulo heredis institutionis der Pflichttheil hinterlassen worden, ein anderes Recht zuerkannt hätte, da ja die Quantität des Pflichttheils nach der Analogie der quarta Falcidia, also nach der Erbschaftsquote, welche ein Erbe für sich behalten, bestimmt worden. Diese Analogie werde in Beziehung auf Berechnung des Pflichttheils auf das Bestimmteste anerkannt, L. 26 D. de bonis libert. L. 8. §. 9 D. de inoff. test., und daß bei Berechnung der Falcidischen Quart das Vermögen, so wie es zur Zeit des Todes beschaffen gewesen, in Anschlag gebracht werde, sei zweifellos. §. 2 Inst. de leg. Falcid. L. 56 pr. D. ad leg. Falcidiam. Hieraus ergebe sich, daß der ausdrücklich auf den Pflichttheil Eingesetzte nicht durch den Zuwachs der Erbschaft gewinne, und nicht durch den Abgang verliere.

Manz, tr. de legitima qu. 17—19.
Struv, syntagm. jur. civ. exerc. 10. th. 35.
Müller ad eundem not. β.
Westenberg. diss. III. de port. legit. c. 5.
Voet ad P. 5. 2. §. 54 u. 55.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 67 u. 91.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 277.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 939.
Mackeldey, Lehrbuch §. 637.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 490.
Seuffert, Pand.-R. §. 653.

Andere meinen, für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte in eine Quote als seinen Pflichttheil zum Erben eingesetzt sel, werde er wirklicher Erbe, und nehme als solcher an aller Vermehrung oder Verminderung der Erbschaft, wie jeder Erbe, Theil. Wenn er aber entweder gar nicht oder doch nicht auf seinen ganzen Pflichtthril zum Erben ernannt worden, — wenn er auf eine gewisse Sache eingesetzt sei, und nur gestritten werde, ob er dadurch seinen vollen Pflichttheil erhalten habe — in solchem Falle erfolge allerdings die Bestimmung des Pflichttheils nach der Größe des Vermögens, wie es beim Tode des Erblassers beschaffen gewesen sei. Ob der Werth der ihm zugedachten Vermögensobjecte durch spätere zufällige Umstände zu- oder abnehme, das könne auf die Entscheidung darüber, ob und wie weit sein Pflichttheil dadurch gedeckt sel, ebensowenig Einfluß haben, als wenn die Berechnung seines Betrags durch spätere Mehrung und Minderung des erbschaftlichen Vermögens verändert werde. Hieraus ergebe sich, daß es einer Berechnung des Pflichttheils gar nicht bedürfe, wenn dem Berechtigten der ganze Pflichttheil unbeschwert durch Erbeinsetzung zugewendet sei. Denn alsdann werde durch ein bloßes Zahlenverhältniß in Betreff des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens sein testamentarischer Erbtheil entschieden. Wenn ihn auch, als Miterben, zu seinem Theile die später eingetretene Vermögensverminderung mittreffe, so könne er deswegen nicht behaupten, daß ihm nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen sei, so wie andererseits nicht behauptet werden könne, daß er mehr als den Pflichttheil erhalten habe, wenn das erbschaftliche Vermögen, und somit auch sein Erbtheil später einen Zuwachs erhalten habe.

Wenn dagegen dem Pflichttheilsberechtigten bestimmte Vermögensgegenstände vermacht worden, so müßten diese nach ihrem Werthe zur Todeszeit geschätzt werden, um zu erkennen, wie weit dadurch seinen Pflichttheilsansprüchen Genüge geleistet sei. Auch hier könne er dann nicht mehr, als was nach dem damaligen Werthe am Pflichttheil noch gefehlt habe, fordern, gleichviel, ob jener Werth später eine Mindeeung erleide, oder durch irgend einen Zuwachs, z. B. Früchte, Alluvion, Preisveränderung u. s. w., später erhöht werde.

Francke, Notherbenrecht S. 226 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 129 f.

Präjudiz 1.

Dem Pflichttheilsberechtigten muß die Befugniß eingeräumt werden, eine Vorlage des gesammten Bestandes des Nachlasses durch Inventarisirung von dem besitzenden Erben zu verlangen, um beurtheilen zu können, ob eine Verletzung im Pflichttheile stattgefunden habe oder nicht. Diese Befugniß kann ohne gleichzeitige Anstellung der actio suppletoria separat geltend gemacht werden, sofern nur in der erhobenen Klage ausdrücklich auf die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigter Bezug genommen wird.

Erk. des OAG. zu Celle (1847), in S. Beckmann w. Burgdorf.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 35.

Präjudiz 2.

Vom LG. zu Wolfenbüttel wurde unterm 26. Juni 1837, in A.-S. Minderlein w. Bahns,
. . . für Recht erkannt, daß,
da das gegenwärtige Verfahren zuvörderst die Ausmittelung des den Appellanten gebührenden Pflichttheils zum Zweck hat, und der modus der wirklichen Erbauseinandersetzung erst später, wenn es klar sein wird, ob die Appellanten noch etwas zu fordern haben, bestimmt werden kann, die Größe des Pflichttheils aber sich nach dem Bestande des Vermögens zur Zeit des Todes des Testators richtet, und schon deshalb ein schon jetzt vorzunehmender Verkauf der Grundstücke und Mobilien zu jenem Ende ein sicheres Resultat nicht herbeiführen würde, vielmehr die Abschätzung vorgezogen werden muß, bei welcher übrigens, wie sich von selbst versteht, der bemerkte Zeitpunkt zu berücksichtigen ist,
die Beschwerde zu verwerfen sei.

Dieser Grundsatz wurde bestätigt durch das Erkenntniß des OAG. vom 10. Juli 1838 aus folgenden Gründen:

Bei der von den Klägern erhobenen Ergänzungsklage bleibt das Testament mit seinen Bestimmungen bestehen, sofern der Pflichttheil dadurch nicht beschränkt oder geschmälert worden. Es hat daher auch ein jeder Erbe ein Recht auf die im Testamente zugetheilten Sachen selbst, und braucht sich zur Aus-

mittelung des Werths dieser Sachen nicht den öffentlichen Verkauf, sondern nur die ordnungsmäßige Abschätzung gefallen zu lassen. In Ansehung des väterlichen Hofs insonderheit ist die Verklagte als die vom Vater ernannte Anerbin desselben zu betrachten, und daher nur schuldig, die Kläger davon nach Bauernrecht abzufinden.

XVI.

Da das Recht der Notherben an sich keinen Einfluß auf ihre Stellung gegen die Erbschaftsgläubiger haben kann:

Präjudiz 1.

Bekanntlich erwirbt jeder Erbe durch den Erbschaftsantritt das Eigenthum an allen, dem Erblasser eigenthümlich zugehörig gewesenen Nachlaßgegenständen zu demselben Theile, zu welchem er Erbe wird. Dasselbe gilt auch von dem Pflichttheilserben; denn durch diese Eigenschaft eines Erben wird an dem gewöhnlichen Rechtsverhältniß eines solchen nichts geändert. Auch er tritt, nach Verhältniß seines Pflichttheils, in omne jus defuncti ein. Allerdings gehen zu demselben Theile, wie die Activen, auch die Passiven des Nachlasses auf den Erben über. Aber so wenig wie der Erblasser deshalb Eigenthümer seiner Sachen zu sein aufhörte, weil er Schulden hatte, so wenig wird das Eigenthum des Erben an den Nachlaßsachen dadurch alterirt, daß er auch Nachlaßsachen übernommen hat. Und so wenig sonst ein Eigenthümer seinen Gläubigern, welche Hilfsvollstreckung in seine Sachen verlangen (abgesehen von dem Falle der Concurseröffnung), entgegenhalten kann, daß er noch andere Schulden habe, so wenig kann der Erbe seine Gläubiger, welche aus den in sein Eigenthum übergegangenen Nachlaßsachen Befriedigung verlangen, damit zurückweisen, daß er sich darauf bezieht, er habe auch Nachlaßschulden übernommen. Das Verhältniß der Activen zu den Passiven kommt, wie überall, so auch bei dem Erben nur dann in Frage, wenn es sich um die Quantificirung eines Vermögens oder eines Erbtheils handelt, niemals aber dann, wenn es sich darum handelt, welches Recht Jemandem an den einzelnen Objecten seines Vermögens oder einer von ihm erworbenen Erbschaft oder Erbschaftsquote zustehe. — Beklagter ist also jeden Falls, die Nachlaßschulden mögen so groß sein wie sie wollen, vermöge seines Pflichttheilsrechtes als Descendent des Erblassers zu einem Drittheil*) Eigenthümer, wie aller dem Erblasser gehörig gewesenen Sachen, so auch des in Frage befangenen Nachlaßgrundstücks geworden. Dieser Satz reicht hin, um das Verlangen seiner Gläubiger, daß die Hilfe zur Befriedigung ihrer Forderungen an denselben in jenes Grundstück zu dessen drittem Theile vollstreckt werde, zu begründen. Ob auch Nachlaßschulden vorhanden sind, kümmert die Gläubiger desselben nicht; denn er ist jedenfalls um dieser Schulden willen nicht weniger Eigenthümer des Grundstücks zum dritten Theile, als er es sonst sein würde. . . . . Es läßt sich auch in keiner Weise behaupten, daß durch diese Hilfsvollstreckung in das erwähnte Nachlaßgrundstück zum dritten Theile das Interesse der Universalfideicommissare verletzt werde. Denn diese können bei der dereinstigen Herausgabe des Fideicommisses nur verlangen, daß ihnen die sämmtlichen Nachlaßactiven, welche nach Abzug der dem Fiduciar gebührenden Quoten übrig bleiben, überlassen werden; wie sie denn auch nur zu diesem Theile die Nachlaßpassiven zu vertreten haben werden. . . . . Was von dem Pflichttheile gesagt wurde, gilt auch von dem Trebellianischen Viertel. Es fragt sich nur, ob und in wie weit Beklagter vermöge seines Rechts auf jene Quart das Eigenthum an den Nachlaßgrundstücken erwerbe. Da nun der Erbe, welcher die quarta Trebelliana abzieht, bekannten Rechten nach rücksichtlich derselben Erbe bleibt, so gehören ihm natürlich nach Verhältniß dieses seines Erbtheils auch die sämmtlichen Nachlaßactiven, wie er nach demselben Verhältnisse in die Nachlaßpassiven eintritt.

§. 7. 9 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23.

Zu diesem Theil erwirbt er also unzweifelhaft das Eigenthum an den Nachlaßgrundstücken, und folglich können seine Gläubiger die Execution in die letzteren nach eben diesem Theile suchen. . . . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom 18. Sept. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 354.

so versteht es sich von sich selbst, daß die Erbschaftsgläubiger sich an den zum Erben eingesetzten Pflichttheilsberechtigten so gut, wie an die übrigen Miterben halten können.

Streitig ist aber, ob den Notherben ihr Pflichttheil herausgegeben werden müsse, wenn sie dafür Caution bestellen, daß sie ihren Antheil zur Zahlung der Schulden beitragen wollen, sobald das liquidum derselben constituirt sein werde.

Einige meinen, daß den Notherben vorläufig ohne Abrechnung der Schulden ihr Pflichttheil gegeben werden müsse, sofern sie Caution leisten, daß sie ihren Antheil zur Bezahlung der Schulden, sobald das Liquidum derselben constituirt sei, beitragen wollen.

Westphal, von Testam. §. 396.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 109.

Andere verneinen diese Behauptung; die Caution sei nicht nöthig, da der pflichttheilsberechtigte Erbe ohnehin schon den Gläubigern hafte, und von einer Aushändigung des Pflichttheils von Seiten der Miterben zu reden, sei ganz unmöglich. Vielmehr stehe ja der Pflichttheilsberechtigte mit den Miterben rücksichtlich der Erbschaftssachen und Forderungen als gleichberechtigt, und den Gläubigern als gleichmäßig zu ihren Antheilen verhaftet, da.

Francke, Notherbenrecht S. 227.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 287.

XVII.

Streitig ist, ob der Notherbe außer seinem Pflichttheile auch noch die quarta Falcidia abziehen oder fordern dürfe.

Einige bejahen dies nach cap. 16 u. 18 X. de test.

Merlinus in tr. de legitima lib. 1. tit. 3. qu. 1. Nro. 5 sq.
Rendts im Rechtslexikon Bd. 6 S. 314.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 759. Not. 6.

Andere bestreiten dies, weil der Pflichttheil statt der quarta Falcidia diene, und L. 36 pr. C. de inoff. test. ausdrücklich bestimme: „nulla Falcidia interveniente“.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. cap. 29.
Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 1. def. 20.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 154.

Vgl.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 548.

Präjudiz 1.

Nach dem geltenden Rechte kann, wenn Notherben mit einem Universalfideicommiß oder über das gesetzliche Maß mit Legaten beschwert sind, nebst dem Pflichttheil auch noch (vom übrigen Vermögen) die Trebellianische (resp. Falcidische) Quart in Abzug kommen. Dieser praktische Rechtssatz hat Stellen des canonischen Rechts,

cap. 16. 18 X. de testam. 3, 26.

zur Quelle. In den Rechtsfällen, aus deren Entscheidung diese Stellen entnommen sind, handelte es sich allerdings von bedingten, beziehungsweise unter einer Zeitbestimmung auferlegten Fideicommissen. Inzwischen wird nicht in diesen Umstand, sondern darein vielmehr der Entscheidungsgrund gesetzt, daß der Pflichttheil den Kindern als ein kraft des „jus naturae“, die Trebellianische Quart hingegen als ein auch jedem „extraneus“ zustehender Abzug von der der Restitution unterwor-

*) Bezugnahme auf das Mandat vom 31 Jan. 1829, die Grundsätze der gesetzlichen Allodialerbfolge betr., §. 36 und 38.

fenen Erbschaft zuzusprechen sei. Weil nun diese Gründe sowohl auf die pure als auf die sub conditione vel die auferlegten Fideicommisse Anwendung finden, wurde von dem obersten Gerichtshof zu Cassel der zweifache Abzug auch hinsichtlich der ersteren für gerechtfertigt erklärt.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 41.

XVIII.

Ist dagegen der Notherbe mit einem Universalfideicommisse beschwert worden, so streitet man, ob er außer dem Pflichttheil die quarta Trebell. abziehen dürfe.

Einige meinen, wenn dieses auch dem römischen Recht vielleicht nicht gemäß sei, wie wenigstens aus L. 24 C. fam. herciac. und Nov. 39. c. 1 erhelle, so sei er doch schon nach L. 6 pr. C. ad SC. Treb. 6, 49, insbesondere aber nach canonischem Rechte, cap. 16 u. 18 X. de testam., zum Abzuge der Trebellian. Quart berechtigt.

Harpprecht, disp. de jure deducendi duas quartas cap. 1.
Kind, quaest. forens. T. I. cap. 50.
Westenberg, diss. IV. de portione legitima cap. 2. §. 12 u. 14.
Mackeldey, Lehrb. §. 536.
Westphal, von Vermächtnissen Th. 2. §. 1840.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 314.

Andere meinen, auch nach heutigem Rechte dürfe die Trebellianische Quart nicht abgezogen werden.

A. Contius, disput. jur. civ. lib. 1. c. 3.
Heineccius ad Vinnii Comm. in instit. tit. de fideicomm. hered. §. 7. Nro. 3.

Präjudiz 1.

In Fällen, in welchen nebst dem Trebellianischen Viertel auch der Pflichttheil zum Abzug kommt, ist die Trebellianische Quart nicht von dem ganzen Nachlasse, sondern nur von dem nach Abzug des Pflichttheils verbliebenen Rest, also wenn der Pflichttheil ein Drittheil der Erbschaft beträgt, von zwei Drittheilen der Erbschaft zu berechnen, so daß sich hier der im Ganzen zu bewirkende Abzug auf $1/3 + 1/6$, zusammen auf $9/18$ der Erbschaft herausstellt.

Bekanntmachung des OAG. zu Dresden vom 6. Aug. 1836, einige Rechtsfälle betreff., unter ftt.
Erk. desselben Gerichtshofs vom 18. Sept. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 353.

Präjudiz 2.

In einer Rechtssache wurde darüber gestritten, ob die dem Fiduciar in Bezug auf den Abzug der Quart, so wie des Pflichttheils, zustehenden Rechte auch bei dem fideicommissum de eo quod superest zur Anwendung kommen. In dem Erkenntnisse des Cassations- und Revisionshofes zu Berlin vom 17. Nov. 1832 wurde hierüber bemerkt: „Die wegen eines Fideicommisses de eo quod superest besonders erlassenen gesetzlichen Verfügungen enthalten keine Bestimmung, wodurch der Abzug der Quart, sowie des Pflichttheils bei solchen Fideicommissen für ausgeschlossen zu halten wäre."

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 209.

XIX.

Ebenso streitet man, ob das Recht, neben dem Pflichttheil die Trebellian. Quart abzuziehen, allen Pflichttheilsberechtigten zustehe.

Einige beschränken dieses Recht nur auf die Kinder; denn nur von diesen rede das canonische Recht in cap. 16 und 18 X. de testam.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 16.

Andere meinen, wenn auch in den citirten Gesetzen nur von Kindern die Rede sei, so sei solches zufällig, weil der den Päpsten zur Entscheidung vorgelegte Fall nur die Kinder betroffen habe. Der Grund hingegen, daß ihnen als Notherben der Pflichttheil schon nach dem natürlichen Rechte, die Trebellianische Quart aber ihnen als fiduciarischen Erben gebühre, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, sei allgemein. Auch Brüder und Schwestern, wenn sie mit einem an eine persona turpia abzuliefernden Universalfideicommiß beschwert seien, hätten das Recht, außer dem Pflichttheil die quarta Treb. abzuziehen.

Mevius, dec. P. VII. d. 19 a.
Hommel, Rhapsod. Vol. I. obs. 58.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 82. §. 4.
Vinnius, sel. jur. quaest. lib. 2. cap. 29 in f.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 155.

Präjudiz 1.

Das OAG. Wiesbaden führte in den Entscheidungsgründen eines Bescheides vom 5. April 1823 aus . . . .

Es liegt aber in dieser letztwilligen Anordnung keine Pupillarsubstitution, sondern ein Universalfideicommiß, womit auch Notherben gesetzlich beschwert werden können. Da nach deutlicher Vorschrift des canonischen Rechts cap. 16 und 18 X. de testam. et ult. volunt. 3, 26, womit auch das römische Recht L. 6 pr. C. ad SC. Trebell. 6. 49 übereinstimmt, in solchem Falle den Notherben, den Pflichttheil und außerdem noch von dem übrigen Vermögen auch noch die Trebellianische Quart abzuziehen, gestattet worden ist, hiermit auch

Böhmer, elect. jur. civ. T. I. (de liberis fideicommisso oneratis).
Kind, quaest. for. T. I. c. 50. p. 352. T. IV. c. 74.
Thibaut, Pand. §. 778.
Mackeldey, Lehrb. §. 536. (4. Aufl.)

und viele andere Rechtslehrer übereinstimmen, so ist u. s. w.

Präjudiz 2.

Das OAG. Cassel erkannte in S. Gioos w. seine Geschwister am 29. Juni 1833:

In Erwägung, daß . . . . . deshalb in Folge der Codicillarclausel der Intestaterbtheil als Universalfideicommiß an die Appellaten fällt, der Appellant jedoch berechtigt ist, hiervon sowohl die Trebellianische Quart als auch den Pflichttheil zu verlangen, daß ihm daher, wenngleich nicht die ganze Intestatportion, auf welche er seine Klagbitte gerichtet hat, doch auch nicht bloß die Trebellianische Quart, wie vom Gerichte voriger Instanz geschehen, zuzuerkennen ist . . . .

Strippelmann, neue Sammlung Th. 2. S. 334.

Präjudiz 3.

Der C. 6 ad SC. Treb. 6, 49 liegt unbezweifelt die Ansicht unter, die Kinder des Erblassers, welche dieser mit Fideicommissen beschwert, zu begünstigen, was um so mehr Grund hatte, als zu damaliger Zeit der Pflichttheil noch ohne Unterschied bloß im vierten Theile bestand, und neben solchem die Trebellianische Quart nicht abgezogen werden durfte. Irgend ein haltbarer Grund, warum die Kinder eines Erblassers dieser billigen Berücksichtigung sich bloß dann, wenn sie das Fideicommiß an Geschwister oder Descendenten auszuantworten haben, und nicht auch da, wo das Fideicommiß anderen Personen zugedacht ist, erfreuen und sonach entferntere Verwandte oder wohl ganz fremde Personen besser gestellt sein sollen, als die Kinder und Enkel des Erblassers, ist nicht abzusehen. So wenig im Gesetze darüber, daß die Einrechnung der Früchte dann Platz greife, wenn zum Fideicommisse entferntere Verwandte oder Fremde berufen wären, eine ausdrückliche Vorschrift sich findet, ebensowenig läßt sich eine so beschränkte Anwendung des Gesetzes daraus folgern, daß

a) im Eingange nur die Geschwister und Descendenten des Fiduciars als Fideicommiß-Successoren erwähnt worden, und

b) der §. 3 die Ermahnung enthält, diese Vorschrift nicht über die darin gedachten Personen und Fälle hinaus zu extendiren.

Bei ersterer Disposition ist der Zweck nicht dahin gegangen, die Honorirten besser oder schlechter zu stellen, sondern

bloß dahin, den Onerirten, weil sie Kinder des Erblassers sind, eine Rechtsgunst zu ertheilen. Und eben daher kann, wie dies auch schon in den Glossen und von Schriftstellern der ältesten und späterer Zeiten ausgesprochen wird, der §. 3 auch nur dahin gedeutet werden, daß diese Rechtsgunst anderen Onerirten außer den Kindern des Erblassers nicht zuzugestehen sei . . . .

Diese Rechtsgunst (der Nichteinrechnung der vor erhobener Klage gezogenen Früchte) steht den Kindern selbst in dem Falle zu, wenn das Trebellianische Viertheil neben dem Pflichttheil in Anspruch genommen wird. Denn wenn es schon an sich richtig ist, daß nach römischem Rechte der Abzug einer doppelten Quart, nämlich des Trebellianischen oder Falcidischen Viertheiles neben dem Pflichttheile nicht stattfand, so kommt dagegen zur Erwägung, daß in der C. 6 cit. ausdrücklich von der quarta pro auctoritate senatusconsulti Trebelliani gesprochen, und der Pflichttheil in den Quellen zwar bisweilen das Falcidische, nie aber das Trebellianische Viertheil genannt wird, vorzüglich aber, daß das canonische Recht,

cap. 16 X. de testam. 3, 26.

indem es den Descendenten den Abzug der Trebellian. Quart neben dem Pflichttheil gestattete, zugleich anordnete, daß eine Einrechnung der in der Zeit zwischen dem Erbanfalle und dem Eintritte der Bedingung des Fideicommisses bezogenen Früchte nur in so weit verlangt werden könne, als die Früchte nach erhobener Klage auf Ausantwortung des Fideicommisses erwachsen wären.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 16. Jan. 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 67.

Präjudiz 4.

Das OAG. Celle sprach aus:

daß, — wenngleich bei Ermittelung der Trebellianischen Quart auf die Zeit der Restitution der Erbschaft zu sehen, auch der Regel nach die genossenen Früchte einzurechnen seien, — doch ein mit einem Universalfideicommisse beschwertes Kind des Erblassers, nach Vorschrift der im cap. 16 i. f. X. de testam. 3, 26 bestätigten, auch bei der Restitution an Seitenverwandte anwendbaren C. 6 ad SC. Trebellian. 6, 49, die Quart nicht durch Einrechnung der genossenen Früchte, sondern unmittelbar von der Substanz selbst abzuziehen berechtigt sei;

daß hiernach die Quart, — bei einem $^1/_3$ des Nachlasses betragenden Pflichttheile, — durch Bildung eines Viertheils von $^2/_3$ der Vermögenssubstanz herzustellen sei.

Erk. vom 30. März 1853, in S. Paulsen w. die Erben der Ehefrau Strampe, geb. Hinrichs, wegen Herausgabe des Nachlasses der Kath. Hinrichs.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 207.

XX.

Streitig ist, ob bei Bestimmung des Pflichttheils die nach sächsischem Rechte den Töchtern aus der mütterlichen Erbschaft gebührende Gerade, so wie, ob das den Söhnen aus der väterlichen Erbschaft zum Voraus gebührende Heergeräth, mit in Anschlag zu bringen sei.

Einige bejahen dies, weil sowohl die Gerade als die zum Heergeräth gehörigen Stücke einen Theil des von dem Verstorbenen nachgelassenen Vermögens ausmachen, bei Bestimmung des Pflichttheils aber der ganze Nachlaß des Verstorbenen, so wie er nach Abzug der Schulden bei dessen Tode gewesen, in Anschlag gebracht werden müsse.

Barth, dissensuum in praxi, praecipm. jure Saxon. occurr. cent. 9. diss. 804.
Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. 1. Resp. 10. qu. 2 u. 3.

Andere behaupten dagegen, daß die Gerade so wie das Heergeräth zuvor von der Erbmasse abzuziehen und dann nach Abzug derselben, der Pflichttheil zu bestimmen sei; denn andern Falles würden die Brüder an der Gerade der Schwester, und diese an dem Heergeräthe der Brüder Antheil nehmen, was doch gesetzlich unstatthaft sei.

Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 11. def. 3.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 107.
Hartung, diss. jur. Saxon. de imput. geradae in legit. cap. 6. §. 5 u. 6.

XXI.

Ueber das Pflichttheilsrecht der Abfindlinge handeln die nachstehenden Erkenntnisse.

Präjudiz 1.

. . . . . und da der der Klägerin gebührende Pflichttheil, so weit hierbei der Hof in Frage kommt, nach dem Betrage der Abfindung, welche der Klägerin in Ermangelung einer Disposition des Erblassers aus solchem Hofe zu entrichten gewesen sein würde, zu bestimmen; bekannten Grundsätzen des Bauernrechts zufolge aber der Betrag der Abfindungen nicht nach dem Kaufwerthe des Hofes, sondern nach dessen Kräften zu ermitteln ist,

so wird abgeschlagen . . . . . .

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel v. 16. Jan. 1843, in S. Römberg w. Römberg.

Präjudiz 2.

Dem zur Abfindung aus einem Hof berechtigten Bauerkinde steht zwar die Befugniß zu, ad modum der auf Ergänzung des Pflichttheils nach römischem Rechte zu richtenden Klage über Verkürzung in Ansehung der von Seiten der Eltern zu gering bestimmten Ablage Beschwerde zu führen und auf Vermehrung derselben Anträge zu machen; das Quantum der als Pflichttheil in Anspruch zu nehmenden Abfindung ist jedoch nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechts unter Veranschlagung der betreffenden Verlassenschaft nach deren gemeinem und vollem Werthe zur Zeit der Eröffnung derselben zu berechnen, vielmehr nur danach, wie jener nach den Grundsätzen des Bauernrechts mit steter vorherrschender Rücksicht auf die nothwendige Erhaltung des Hofes nach den Kräften desselben zur Zeit der Ueberlassung zu ermitteln sein würde, und in eben der Art, wie bei bauerrechtlicher Erbtheilung auf dem Rechtswege zu bestimmen sein würde.

Erk. des LG. Wolfenbüttel vom 29. April 1841.

B. Auf welche Weise muß der Pflichttheil hinterlassen werden?

I.

Streitig ist, ob von der Collationspflicht überhaupt ein Schluß auf die legitima gemacht werden dürfe.

Einige bejahen dies, unter Berufung auf L. 36 D. de inoff. test. 5, 2. L. 36 C. eod. Nov. 115. c. 3.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 16. not. 5.
Voet ad D. tit. de inoff. test. §. 61.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1712.
Hellfeld, jurispr. for. §. 548.

Andere meinen, solcher Schluß streite gegen klare Gesetzesvorschriften, namentlich L. 20 pr. in f. C. de collat.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 311.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 96.
Francke, Notherbenrecht S. 241.
Westenberg, de port. legit. diss. 3. c. 6. §. 3—5.
Westphal, von Testam. §. 397 b.
Möller, die Lehre vom Pflichttheil Bd. 2. §. 121.

Vgl. Contr. 2. 3. 4 und 5.

II.

Streitig ist, ob die von einem Ascenden-

ten herrührenden Paraphernalgüter, so wie auch die dem Enkel von seiner Mutter gegebene und durch den Tod derselben auf ihn gefallene dos profectitia, dem Enkel als Notherben seines Großvaters in den Pflichttheil einzurechnen sei.

Einige bejahen dies unter Berufung auf L. 19 C. de collat.

Chifletius, de port. legit. cap. 14. p. 750.
Faber, conject. 13. c. 11.

Andere meinen, die Bejahung der Frage verstoße gegen den Grundsatz, daß von der Collationspflicht überhaupt auf die Collation bei der legitima kein Schluß gemacht werden dürfe,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 311.
Francke, Notherbenrecht S. 242.

und wenn die dos einmal von der Mutter auf die Kinder übergegangen sei, so könne sie nimmer als eine Zuwendung betrachtet werden, welche der Großvater aus seinem Vermögen den Enkeln gemacht habe; sie sei vielmehr ex matris substantia auf sie gekommen, und es fehle an einem Rechtsgrunde zur Einrechnung der mütterlichen dos in den Pflichttheil der Enkel.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 313.

Andere lassen, der Billigkeit nach, für den Fall eine Ausnahme zu, wenn der Enkel oder die Enkelin, auf welche eine ihren Eltern von dem Großvater gegebene dos durch Erbgang gekommen ist, mit denjenigen Kindern des Großvaters concurriren, welche einen Brautschatz erhalten haben, und sich denselben in den Pflichttheil einrechnen lassen müssen.

Spangenberg, prakt. Erörterungen Bd. 1 (1831). S. 83.

Diese Ansicht hat auch das OAG. in Celle angenommen, siehe

Hagemann, prakt. Erört. Bd. 9. S. 83 f.

Präjudiz 1.

Die Bestimmung, nach welcher die dos in den Pflichttheil eingerechnet werden muß, ist auch bei den Kindern einer verstorbenen Tochter hinsichtlich der von dieser empfangenen dos anzuwenden, sofern dieselbe wirklich auf erwähnte Kinder gekommen ist.

Merlinus, de legatis II. 2. quaest. 13.
Faber, conject. 13. c. 11.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 28. Febr. 1825. in S. Schwartze u. Cons. w. Kubicke u. Hauers.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 75.

Präjudiz 2.

r G. B. hatte in seinem Testamente mehrere seiner noch lebenden Töchter, die von ihm einen Brautschatz erhalten, und eine seiner Enkelinnen, deren verstorbene Mutter gleichfalls von ihm dotirt war, zu bestimmten Theilen als Gebinnen eingesetzt und dabei verfügt, daß, falls sie mit dem ihnen ausgesetzten Erbtheile nicht zufrieden seien, sie auf den Pflichttheil beschränkt werden sollten. Die Enkelin erklärte, das Testament anfechten und sich mit dem Pflichttheile begnügen zu wollen. Da nun die übrigen Erbinnen zur Imputation ihres Brautschatzes, vermöge des Testaments, eben so wie sie selbst verpflichtet worden waren, so weigerte sich die Enkelin dennoch, sich den ihrer verstorbenen Mutter gewordenen und auf sie transmittirten Brautschatz einrechnen zu lassen, weil kein besonderes Gesetz sie hierzu verpflichte, und als sie hierauf durch die Sentenz der Justizkanzlei vom 21. Oct. 1829 auf den Grund der Nov. 18. c. 6 und L. 17 und 19 C. de collat. hierzu verurtheilt wurde, hiergegen aber die Appellation an das OAG. verfolgte und die Anwendbarkeit jener Gesetze bestritt, weil sie nur von der Collation, nicht aber von der Imputation zu dem Pflichttheil handelten, und einen Schluß von der ersteren auf die letztere nicht zuließen, so erkannte dennoch das OAG. Celle unterm 5. Oct. 1830 dahin:

Wenngleich — die Rechte zwischen der Collationspflicht der Descendenten im Allgemeinen und der Einrechnung in den Pflichttheil unterscheiden, und von der ersteren kein Schluß auf letztere gilt, nachdemmalen jedoch dem Pflichttheilsberechtigten die für ihn speciell gegebene Collationsregel nur dann zu Statten kommt, wenn er bloß mit solchen Erben zusammentrifft, welche selbst nichts zu conferiren verbunden sind, dieses aber in der vorliegenden Sache nicht der Fall ist, — so stehe dem Suchen nicht zu deferiren.

Spangenberg, prakt. Erört. Th. 1 (1831). Nr. 14.

III.

Der Sohn muß sich den Werth einer verkäuflichen militia auf den Pflichttheil anrechnen lassen, L. 30. §. 2 C. de inoff. test. Man streitet nun über die heutige Anwendung dieser Vorschrift.

Einige meinen, unter militia sei eine käufliche Bedienung überhaupt, wovon der Sohn Einkünfte und nach seinem Tode eine Wiederbezahlung von dem Nachfolger zu erwarten habe, zu verstehen, und bestehe hiernach die Regel, daß der Sohn sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen müsse, was der Vater für den Sohn zur Anschaffung einer käuflichen Bedienung, wovon der Sohn Einkünfte und nach seinem Tode Wiederbezahlung zu gewärtigen habe, verwendet habe.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 94.

Andere dehnen die Regel so weit aus, daß dem Sohne Alles eingerechnet werde, was zum Ankaufe einer verkäuflichen Sache gegeben sei.

Schweppe, röm. Pr.-R. 3. Aufl. §. 960.

Andere auf „Etablissements".

Böhmer, Rechtsfälle Bd. 1. S. 183.

Andere meinen, daß Alles, was der Vater dem Sohne zu dessen Bereicherung zufließen ließ, ebenfalls dahin gehöre.

Westphal, von Testam. §. 393.

Andere meinen, nach der Regel: als Pflichttheil schuldet der Erblasser einen Theil seines Vermögens zur Todeszeit, müsse jede Ausnahme hiervon, als etwas Singuläres, welches nicht ausgedehnt werden dürfe, angesehen werden. Deshalb sei das, was in den Gesetzen von der militia gesagt werde, bei uns nicht mehr anwendbar.

Glück, Pand. Bd. 19. S. 303. Not. 52.
Weber, Versuche S. 20.
Francke, Notherbenrecht S. 238.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1213.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 303.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 132.

IV.

Streitig ist, in wiefern Schenkungen von dem Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheil anzurechnen seien.

Einige stellen ganz allgemein die Regel auf: Was der verstorbene Ascendent dem auf den Pflichttheil eingesetzten Descendenten durch eine Schenkung unter Lebenden zugewandt, werde nur dann dem Pflichttheil eingerechnet, wenn der Testator solches entweder ausdrücklich gewollt, oder die übrigen Kinder eine dos oder donatio propter nupt. von dem verstorbenen Ascendenten erhalten haben, die sie conferiren müßten,

L. 25 pr. de inoff. test. L. penult. §. 1 C. de collat. §. 6 Inst. de inoff. test.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 95.
Westphal, von Testam. §. 394—396.
Cujacius in not. ad Inst. tit. de inoff. test. §. 6. not. 15.
Mackeldey, Lehrbuch §. 657.

Andere meinen, die eben angeführte Ansicht beruhe auf einem nicht nur an sich unzulässigen, sondern von Justinian ausdrücklich für verwerflich erklärten Schlusse von der Collationsverbindlichkeit auf das Pflichttheilsrecht; conf. L. 20 pr. C. de collat. 6, 20. Erst in L. 20 cit. §. 1 folge die Bestimmung über Collation der Schenkungen; nirgends aber, insbesondere auch nicht in §. 6 Inst. de inoff. test. sei vorgeschrieben, daß Schenkungen in ähnlichen Fällen in den Pflichttheil einzurechnen seien, und dies sei um so weniger anzunehmen, da der letztere Fall dem ersteren in der That gar nicht einmal analog sei. Die Regel sei also nur dahin aufzufassen, daß Schenkungen unter Lebenden nur alsdann zur Anrechnung kommen, wenn dieses im **Moment der Zuwendung so festgesetzt worden sei.**

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 305.
Hunger, röm. Erbrecht §. 66. Not. 2.
Francke, Notherbenrecht S. 238.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 132.
Schweppe, röm. Pr.-R. 4. Ausg. §. 937.

V.

Streitig ist, ob den Enkeln anzurechnen sei, was ihrem vorverstorbenen parens auf dessen Pflichttheil hätte angerechnet werden können, oder von diesem zu conferiren sein würde.

Einige bejahen dies allgemein und nehmen an, den Enkeln werde angerechnet, was ihr parens praedefunctus hätte conferiren müssen.

Voet ad P. 5. 2. §. 61.

Andere beschränken diese Annahme auf solche Enkel, welche Erben ihres praedefunctus parens geworden, weil der Enkel Alles conferiren müsse, was der parens praedefunctus conferirt hätte, wenn er erbte.

Böhmer, Rechtsfälle Bd. 1. Nr. 22. S. 183.

Andere verneinen die Frage allgemein, weil ein Schluß von der Collation auf die Einrechnung in den Pflichttheil verwerflich sei, auch gegen Justinian's Vorschrift in L. 20 pr. C. de collat. 6, 20 verstoße; indem die Einrechnung in den Pflichttheil nur dann eintreten solle, wenn specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. Auch habe der Enkel, sobald er zur Erbfolge berufen sei, ein eigenes Pflichttheilsrecht, so wie er ja ein eigenes Intestaterbrecht habe.

Francke, Notherbenrecht S. 242.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 133.

VI.

Im Allgemeinen muß der Pflichttheilsberechtigte Alles, was er vom Testator mortis causa erhält, in die legitima einrechnen. Hierbei macht nur die L. 36 pr. C. de inoff. test. Schwierigkeit: Sancimus — — repletionem legitimae fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis lucratus sit, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut puta ususfructus; humanitatis enim gratia sancimus, ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri.

Streitig ist nun, wie dies Gesetz zu erklären sei.

Einige meinen, die erwähnte substitutio sei nur von der sogen. fideicommissarischen, und das jus accrescendi bloß von der Anwachsung des schon erworbenen ususfructus zu verstehen, und müsse deshalb die Regel aufgestellt werden, daß in den Pflichttheil nicht eingerechnet werde, was dem Berechtigten aus dem Vermögen des Verstorbenen erst zufalle, nachdem es vorher schon einem Anderen erworben war.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. c. 4.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 960.

Andere halten diese Erklärung für eine gezwungene, und sei Justinian's Vorschrift vielmehr **wörtlich** zu nehmen, wonach als Regel aufgestellt werden müsse: „Was der Testator zunächst einem Anderen zugedacht hat, — nicht deshalb, damit dieser es ganz oder theilweise an den Pflichttheilsberechtigten restituire, sondern damit er es behalte, das solle in die legitima nicht eingerechnet werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte an die Stelle jenes Honorirten tritt, und es sei dabei einerlei, ob dies vermöge ausdrücklicher Substitution oder nach gesetzlicher Accretion geschehen ist."

Francke, Notherbenrecht S. 231.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 294.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 476.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 131.

VII.

Streitig ist, ob der Testator in dem Falle, wenn er mehrere Descendenten hinterläßt, den Pflichttheil derselben mit einem gegenseitigen Fideicommiß Eines oder des Andern unter ihnen belasten könne.

Einige meinen, hierin liege keine Beschwerde des Pflichttheils, weil hier jedes Kind die Hoffnung habe, nach dem Tode des Andern dessen Erbtheil zu erhalten, folglich den Kindern eine solche Disposition mehr zum Vortheil als zum Nachtheil gereiche. L. 12 C. de inoff. testam.

Fachinaeus, controv. jur. lib. 5. c. 20.
Berlich, decis. 110.
Perez ad Cod. tit. de inoff. test. Nro. 30.
Senckenberg, de gravamine in legitima c. 2.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 958.

Andere meinen, die L. 12 C. cit. sei durch die neueren Gesetze Justinian's, L. 32 und L. 36 C. de inoff. test., aufgehoben.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 63.
Westphal, von Testam. §. 413.

Andere meinen, in dem Fragefalle könne jedes Kind seinen Pflichttheil von dem gegenseitigen Fideicommiß abziehen. Die L. 12 cit. stehe nicht entgegen, denn darin sei nur die Frage entschieden, ob gegen ein solches Testament die querela inoff. test. angestellt werden könne, und diese Frage sei mit Recht verneint. Denn die Kinder seien ja zu Erben eingesetzt, und könnten die Trebellianische Quart abziehen, welche ihnen, weil sie den Pflichttheil damals absorbirt habe, sogar aus der Substanz der Güter des Vaters, ohne Einrechnung der

Früchte gebührte. Die Chicane der Vormünder, in dem Falle der L. 12 cit., sei also um so mehr ersichtlich gewesen, als sie ein Testament anzufechten versucht hätten, in welchem ihre Mündel nicht enterbt, vielmehr zu $^1/_3$ zum Erben eingesetzt gewesen wären, und außerdem die Hoffnung gehabt hätten, den Erbtheil ihrer Mutter und ihres Bruders zu erhalten. Da von dem Abzuge der Quart, welche ja jedem Kinde nach den Gesetzen ohnehin zugestanden, nicht die Rede sei, so könnte auch in der L. 12 cit. davon nichts enthalten sein, und es seien ja überdem schon andere Gründe vorhanden, um die Querel der Vormünder in dem vorliegenden Falle als unstatthaft zu verwerfen. Aus dem citirten Gesetze lasse sich also nicht beweisen, daß sich die Kinder ein gegenseitiges Fideicommiß, mit welchem sie von ihrem Vater beschwert worden, in Ansehung ihres Pflichttheils müßten gefallen lassen, und es sei auch nicht nöthig anzunehmen, daß die L. 12 cit. durch L. 32 C. de inoff. test. aufgehoben sei.

Stryk, caut. test. c. 17. memb. 2. §. 17.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 81.
Böhmer, diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 9.
Gebr. Overbeck, Med. Bd. 3. Med. 142.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 77.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 710.
Knipschild, de fideic. illustr. c. 6. Nro. 15.

VIII.

Streitig ist, ob eine Mutter, welche ihren Kindern nur den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater derselben, in dessen Gewalt sie sich noch befinden, den gesetzlichen Nießbrauch entziehen dürfe.

Einige bejahen diese Frage, denn es sei nicht erweislich, daß der Pflichttheil, welchen die Mutter ihren Kindern hinterlassen müsse, von den Gesetzen unabänderlich für eine Art des peculii adventitii ordinarii erklärt sei, und weil überdem das römische Recht die letztwillige Dispositionsfreiheit der Eltern, in Ansehung des Pflichttheils der Kinder, bloß zum Besten der letzteren eingeschränkt hätte; eine solche Einschränkung also da nicht angenommen werden könne, wo die Lage der Kinder verbessert werde. Auch die Auth.: Excipitur Cod. de bonis quae liberis spreche hierfür, indem es heiße: Excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adjecta, ne ad patrem perveniat ususfructus.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 12. th. 5.
Berlich, P. I. dec. 137.
Mevius, P. VII. dec. 356.
Woltair in der Hallischen jur. Bibliothek 3. Versuch S. 261 f.

Andere meinen, nach Nov. 117. c. 1 dürften Bedingungen, obgleich sie auch den Kindern vortheilhaft sein könnten, dem Pflichttheil nicht beigefügt werden, und der Pflichttheil, welchen die Mutter ihren Kindern zu hinterlassen schuldig sei, werde unabänderlich für eine Art des peculii advent. ord. erklärt. Dagegen werde in Betreff des übrigen Vermögens, welches die Mutter den Kindern vermacht, ausgesprochen, daß sich der Vater die den Nießbrauch ausschließende Bedingung gefallen lassen müsse, weil die Mutter dieses Vermögen auch fremden Personen hätte hinterlassen können. Die Authent. aber könne nicht anders gelten, als in so fern sie mit der Quelle, aus welcher sie geschöpft sei, übereinstimme. Da die Auth. aus der Nov. 117 entnommen sei, so müssen die Vorschriften der Nov. 117 als nicht abgeändert in Giltigkeit bleiben. Die aufgestellte Frage müßte also bejaht werden:

Berger in resolutionib. legum obstant. lib. 15. tit. 1. qu. 2.
Kober, disp. de peculio adventit. §. 11.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 80.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 333. Not. 73.

selbst in dem Falle, wenn der Vater ein Verschwender wäre.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 712.
Leyser, sp. 92. m. 1.

IX.

Streitig ist, ob der Pflichttheil schon bei Lebzeiten desjenigen gefordert werden könne, welcher solchen den künftigen Notherben zu hinterlassen schuldig ist.

Einige bejahen dies, sobald der Vater sein Vermögen zu verschwenden anfange, und sobald der Sohn eines Juden oder Ketzers zur rechtgläubigen Religion übertrete.

Berlich, concl. pract. P. III. concl. 14. Nro. 31.
Carpzov, defin. for. P. III. const. 12. def. 10.

Andere meinen, in beiden Fällen sei es unzulässig, den Pflichttheil schon bei Lebzeiten des Erblassers fordern zu dürfen, da solches gegen die Regel verstoße: Sicut hereditas viventis, ita et legitima viventis nulla est. Sicherheitsmaßregeln durch die Obrigkeit seien allerdings zulässig.

Voet, Comment. ad P. 5. 2. §. 51.
Westenberg, diss. III. de port. legitima cap. 5. §. 12—16.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1712. not. c.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 110.

X.

Streitig ist, ob den Notherben, wegen ihres Pflichttheils, ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Nachlasse des Verstorbenen zustehe.

Einige bejahen dies, wenn der Pflichttheil im Testamente hinterlassen, oder wenn auf dessen Erfüllung geklagt werde, verneinen die Frage aber, wenn der Pflichttheil vermöge gesetzlicher Vorschrift gefordert werde, z. B. wenn das Kind, welches die Nullitäts- oder Inofficiositätsklage anstellen könnte, sich bloß mit dem Pflichttheile begnügen wolle.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 16. not. 9.

Andere leugnen schlechterdings, daß den Notherben, des Pflichttheils wegen, eine Hypothek zustehe, weil kein Gesetz vorhanden sei, welches ihnen dergleichen Pfandrechte an dem Vermögen des Erblassers ertheile.

Lauterbach, tr. de legatib. s. tacit. hypoth. th. 48.
Gmelin, Ordn. der Gläubiger Cap. 4. §. 18 u. f.

Andere unterscheiden, ob der Pflichttheil den Personen, welchen er gebühre, titulo legati oder titulo heredis nachgelassen sei. Im ersteren Falle hätten die Pflichttheilsberechtigten, gleich jedem Legatar, eine still-

schweigende Hypothek, im letzten Falle kommt ihnen solche deshalb nicht zu, weil den Erben oder Miterben kein Gesetz ein Pfandrecht an dem Vermögen des Erblassers ertheilt.

Westenberg, diss. IV. de port. legit. cap. 4. §. 14.
Haubold ad Bergeri oecon. jur. T. I. p. 402.
Meißner, Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte Bd. 2. §. 181.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 120.

Pflichttheil der armen Wittwe.

Martin, Rechtsgutachten Bd. 1. S. 356 f.
Löhr in s. Magazin Bd. 3. S. 359.
Glück, Intestaterbfolge S. 425.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 59.
Reßhirt, Erbrecht S. 186.
Francke, Notherbenrecht S. 481.

S. Intestaterbrecht der armen Wittwe.

Pflichttheilsberechtigte, deren Wahl zur Anstellung der actio suppletoria oder querela inoff. test., s. actio ad supplend. legit. c. 2.

Pflichttheilsrecht, ausgeübt gegen Legatare bei unterlassener Inventur, siehe beneficium inventarii c. 22.

Pflichttheilsrecht des unmündig Arrogirten.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 23 f.
Francke, Notherbenrecht S. 407 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1. S. 137.
Arndts das. Bd. 8. S. 161.

I.

Durch Nov. 18. cap. 1 ist die Erhöhung des alten Pflichttheils auf $^1/_3$, resp. $^1/_2$ eingeführt und daselbst vorgeschrieben. atque hoc in omnibus personis, quibus ab initio quarta querelae de inofficioso constituta est, obtineat.

Streitig ist nun, ob die Erhöhung des Pflichttheils sich auch auf die einem arrogirten Unmündigen gebührende quarta Divi Pii erstreckt habe.

Einige bejahen dies, weil die quarta nichts anderes als die legitima des älteren Rechts, — quarta portionis ab intestato debitae.

Vinnius, Comment. ad Inst. tit. de adopt. §. 3. Nro. 3.
Malblanc, princ. jur. Rom. T. I. §. 140 in f.
Greve, exerc. ad P. loca diffic. exerc. 1. §. 22.

Andere meinen, der Pflichttheil betrage für den unmündig Arrogirten nach den ausdrücklichsten Aussprüchen unserer Quellen, §. 3 Inst. de adopt. 1, 11. L. 2 C. eod. 8, 48. L. 13 D. si quid in fraud. patron. 38. 5. immer ein Viertheil vom Vermögen des Adoptivvaters. In Ansehung dieser Quart werde der Unmündige gar nicht als Erbe betrachtet, vielmehr sei sie gewissermaßen ein aes alienum, welches auch nicht mit der Querel, sondern mit einer persönlichen Klage — condictio ex constitutione D. Pii — eingeklagt werde.

Voet. Comm. ad D. tit. de adopt. §. 4.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 24 u. 25 und die Note 81 bis 90 zahlreich Allegirten.
Francke, Notherbenrecht S. 471.
Sintenis, Civilrecht §. 139. Not. 45.
Madihn, diss. de quarta Divi Pii.

Andere entgegnen, daß der unmündig Arrogirte noch Nov. 115 ja auch den Anspruch auf Erbeinsetzung habe, ebenso wie andere Descendenten, und gleich diesen das Testament anfechten könne, wenn er ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes ausgeschlossen sei; deshalb sei es richtiger, daß der unmündig Arrogirte den ganzen Pflichttheil zu fordern berechtigt sei, wie er sich nach Nov. 18 berechne, wenn auch die quarta Divi Pii weniger betragen sollte,

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 162.

vgl.

v. Vangerow, Pand. Bd. 1. §. 252.

daß jedoch bei Concurrenz leiblicher Kinder dieser sog. Pflichttheil auch weniger als die quarta Divi Pii betragen könne, wegen Nov. 18.

Cocceji, jus controv. lib. 1. tit. 7. qu. 6.
Westenberg, diss. II. de port. legit. cap. 2. §. 18.
Unterholzner, Schuldverh. Th. 2. S. 754.

II.

Streitig ist, ob der unmündig Arrogirte stets nur auf die Quart beschränkt sei oder ob ihm das Recht eines Descendenten, wenn es ihm vortheilhafter sein würde, zuzugestehen sei.

Einige meinen, allerdings gäben weder die Institutionen noch die Pandekten darüber Auskunft, wie es zu halten, wenn dieser Arrogirte im Testamente präterirt sei, ohne daß er zuvor emancipirt worden; es sei jedoch mit Recht die allgemeine Ansicht der Schriftsteller, daß der impubes arrogatus die gewöhnlichen Rechtsmittel anderer Notherben nicht habe, sondern in jedem Falle mit einer persönlichen Klage von dem Erben nur seine Quart einfordern könne. Dafür scheine auch L. 2 C. de adopt. zu sprechen.

Francke, Notherbenrecht S. 476 f.
Puchta, Pand. §. 488. Not. d. vgl. mit §. 493.

Andere meinen, nur die querela inofficiosi des ältern Rechts werde ihm in L. 8. §. 15 de inoff. test. abgesprochen, und zwar aus dem Grunde, weil durch die gesetzlich ihm gebührende Quart jedenfalls sein Pflichttheilsrecht vollkommen gedeckt wäre, also der Pflichttheil ihm nicht hinterlassen zu werden brauchte, um die nur subsidiär zulässige querela inoff. test. auszuschließen. Dagegen sei nicht zu bezweifeln, daß der Arrogirte als suus heres, ebensogut wie jedes andere vollgiltig adoptirte Kind, entweder eingesetzt oder enterbt werden müßte, wie schon daraus hervorgehe, daß der Anspruch auf die quarta D. Pii eben dem exheredirten, nicht aber dem präterirten Kinde beigelegt werde, weil das Letzte, wegen der Ungiltigkeit des Testaments, ohnehin ab intestato erbe. Die L. 2 C. de adopt. beweise für die gegenseitige Ansicht nichts.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 162.
Sintenis, Civilrecht §. 139. Not. 45.

III.

Streitig ist, ob dem unmündig Arrogirten, unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes, auch die quarta Divi Pii entzogen werden könne.

Einige meinen, aus §. 3 Inst. de adopt. folge, daß nur dem ex justa causa Emancipirten das Recht auf die Quart stillschweigend abgesprochen, dem Exheredirten aber dieses Recht schlechthin und ohne Beschrän-

fung beigelegt werde. Wenn nun der Arrogator den Undankbaren, obwohl ihm der Anlaß dazu gegeben war, nicht emancipirt und so seiner natürlichen Familie zurückgegeben habe, so könne dieser dennoch die Quarta als Schuld von der Erbschaft fordern, trotz des letzten Willens des Arrogators.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 162.
v. Vangerow, Pand. Bd. 1. S. 391.

Andere meinen, die Quart könne dem unmündig Arrogirten bei Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes entzogen werden.

Francke, Notherbenrecht S. 474 f.

Pia causa, deren Bedeutung, s. testamentum ad pias causas c. 6.

Pium corpus, dessen Erbeinsetzung, s. Erbunfähigkeit lt. c. 9.

Poenae secundarum nuptiarum, gehört dazu, daß der Ehegatte nunmehr die cautio legator. servand. bestellen muß? s. cautio legat. servandoe. c. 6.

Pönalklage, ob die actio supplet. eine solche sei? s. actio ad suppl. legit. c. 7.

Positus in conditione non est positus in dispositione, s. Erbeinsetzung c. 2.

Possessorische Rechtsmittel des Erben, s. interdictum quorum bonorum und remedium ex lege ult. C. de edict. D. Hadriani toll.

Postumns, dessen Enterbung, s. Notherbenrecht C. c. 11 u. D. c. 4 u. 5.

Postumus nondum conceptus, dessen Gebfähigkeit, s. Erbunfähigkeit B. c. 11.

Prälegat, s. judicium familiae herciscundae c. 11, desgl. substitutio vulgaris c. 8.

Prälegat.

Pfeiffer, de praelegatis (1798).
v. Nettelbladt, system. Entwickel. der Lehre von Prälegaten (1802).
v. d. Pfordten, de praelegatis (1832).
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 250.
v. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten (1850).
Claussen in der jurist. Zeitschr. f. Schlesw.-Holstein-Lauenburg Jahrg. 1845.

I.

Streitig ist der Begriff des Prälegats.

Einige nehmen eine beschränkte Bedeutung des Begriffes eines Prälegats an, nach welcher dasselbe nur dann vorhanden sein solle, wenn der Prälegatar als onerirter Erbe belastet sei.

v. Cramer, Anfangsgründe des bürgerl. Rechts Bd. 2. S. 24. §. 10.
Valett, Pand.-R. §. 1133.

Andere erklären es für den Begriff des Prälegats für gleichgiltig, ob der Prälegatar an einen Erben oder an Mehrere oder an Alle gewiesen sei.

Sande, decis. Fris. lib. 4. tit. 5. def. 12.
Dabelow, System des Civilr. §. 2079.
Schweppe, Rechtsgeschichte §. 499.
Gevert, Grundz. der Lehre von Vermächtn. §. 51.
v. Dalwigk, Versuch einer Darstellung des Erbr. Th. 2. S. 124. §. 83.
Dirksen, manuale v. praelegare.
Göschen, Pandektenvorles. §. 1009.
Christiansen, Instit. S. 728.
Tittmann, Handb. für angehende Juristen §. 195. S. 198. Not. **.

Andere meinen, im weiteren Sinne bedeute praelegare Alles, was einem Theilerben hinterlassen werde, und dieser Gattungsbegriff zerfalle in zwei Species. Im engeren Sinne nämlich verstehe man unter Prälegat den Fall, wenn nur von den Miterben einem Erben legirt sei, und müsse davon die praeceptio unterschieden werden, d. h. der Fall, wenn das Legat a media hereditate genommen werden solle,

Schweppe, Rechtsgeschichte §. 499.

während Andere gerade diesen letzten Fall mit dem Namen des Prälegats im engeren Sinne bezeichnen.

Göschen, Vorles. §. 1009.

Andere entscheiden sich für einen sehr weiten Umfang, durch die Definition: Prälegat ist Alles, was einem Erben noch außer seinem Erbtheile als Vermächtniß ausgesetzt wird, sei es dem Legatar auf den Erbtheil eines anderen Erben oder eines anderen Legatars angewiesen, oder sei es von der ganzen Nachlaßmasse vorweg zu nehmen.

Schweppe, röm. Pr.-R. §. 918.
Claussen in der jurist. Zeitschrift für Schleswig-Holstein Jahrg. 1845. S. 170.

Andere definiren das Prälegat als ein Vermächtniß, mit welchem ein Theilerbe oder alle oder einige Erben honorirt sind, und durch welches die ganze Erbmasse, also auch der Honorirte selbst, als Erbe belastet ist.

Nettelbladt, Lehre von Prälegaten S. 1.
Bauriedel, Comm. über die Pand. §. 1521. 1. 6.
v. d. Pfordten, de praelegatis p. 7.
v. Hartitzsch, röm. Pr.-R. S. 453.
Burchardi, System des röm Pr.-R. §. 372.
v. Buchholtz, Prälegate S. 141.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 255.
Puchta, Instit. Bd. 3. S. 293.
v. Vangerow, Pand. §. 523. Anm.

Andere schließen sich dieser Definition an, jedoch ohne Bestimmung des Onerirten, z. B. wenn ein unbestimmt auf die Erbmasse zu Gunsten eines der mehreren Erben gelegtes Legat nothwendig jedem Erben pro rata seiner Erbportion zur Last fällt.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 831.

Vgl. die näheren Nachweisungen bei
v. Buchholtz, Prälegate S. 144.

woselbst auch einige in den Gesetzen vorkommende Anomalien der Prälegate aufgeführt sind, womit zu vgl.

Pfeiffer, de prael. §. 2.

II.

Streitig ist, ob ein jeder directe Erbe Subject eines Prälegats werden kann.

Einige meinen, der Begriff eines Prälegats müsse auf den heres ex asse beschränkt werden.

Siehe Braun, Dictate S. 689.

Andere wollen den Begriff eines Prälegats auf den Theilerben einschränken.

Donellus, Comm. lib. 7. cap. 25. lib. 8. cap. 3.
Cujacius, Comm. in lib. 16. quaest. Pap. ad Leg. 12 de his quae ut indignis.
Claussen in der jurist. Zeitschr. v. d. Schleswig-Holst.-Lauenb. Advocatenvereins Jahrg. 1845. S. 189.
v. Buchholtz, über Prälegate S. 129.

Andere beziehen den Begriff eines Prälegats auf Theilerben und auf Universalerben:

Braun, Dictate S. 689.
Nieto, de praelegatis c. 3.
v. Rettelbladt, Lehre von Präleg. Einl. §. 1 u. 2.
v. d. Pfordten, de praeleg. §. 3. p. 14.

wogegen Andere erinnern, daß dem heres ex asse von einem Legatar oder Fideicommissar zwar ein Fideicommiß nachgelassen werden könne, dieses aber ein gewöhnliches Fideicommiß — kein Prälegat — sei.

Bauriedel, Comment. über die Pand. §. 152 t. 2 a u. b.
Hugo, röm. Recht 4. Ausg. §. 149.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 269.

III.

Streitig ist, worin das Wesen und die Eigenthümlichkeit des Prälegats eigentlich bestehe.

Einige meinen, das Prälegat sei rücksichtlich des auf der Erbportion des Berechtigten lastenden Theiles ein bedingtes Rechtsgeschäft. Daß eine jede solche auch pure geschehene Anordnung ein zum Theil bedingtes Geschäft sei, folge daraus, weil bei der Unterscheidung des Prälegats in zwei Theile, — einen Erbtheil und einen Legatstheil — dem Erblegatar zwar die Theile, welche er von seinen Miterben, also legati jure, zu fordern habe, unbedingt zukommen; ob aber von ihm auch der Theil des Prälegats erworben werde, welchen er von dem ihm zugewiesenen Erbtheile, also nach Erbrecht zu fordern habe, hänge davon ab, ob er Erbe werde oder nicht. Nur im letzteren Falle, wenn er nicht Erbe werde, könne er auf diesen Theil legati jure Anspruch machen, weil dieser Theil unter der Bedingung si heres non erit ihm hinterlassen sei; und daher sei bei einem jeden Prälegate zu seiner vollständigen Giltigkeit die Erfüllung der Bedingung nothwendig: daß der Prälegatar nicht Erbe werde.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 8. cap. 7.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 438 f.

Vgl. hiergegen

Pfeiffer, de praeleg. §. 7.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 289 f.

Andere meinen, das ganze Prälegat sei nicht bloß pure, sondern auch wirksam hinterlassen, aber durch die Antretung der Erbschaft verliere es theilweise seine ursprüngliche Giltigkeit. Denn die Ungiltigkeit des vom Prälegatar als Erben hinterlassenen Theils könne erst in dem Momente eintreten, in welchem derselbe diesen Theil von sich selbst empfangen solle, welcher Moment aber nicht schon, wie bei dem gewöhnlichen Legate, der Augenblick des Todes des Erblassers, sondern erst der Antritt der Erbschaft sei; bis dahin habe der Prälegatar nur ein Recht auf das Vermächtniß, keine Verpflichtung zu dessen Leistung; erst durch die Antretung der Erbschaft werde dieser Theil des Vermächtnisses zu einem ungiltigen, arg. L. 91. §. 2 de legat. I.

Pfeiffer, de praeleg. §. 6 et 12.
v. d. Pfordten, de prael. p. 19.
Braun, Dictate S. 690.

Andere meinen, die Anordnung des Prälegats sei ein unbedingtes Rechtsgeschäft, jedoch in der Weise vollführt, daß gleich von Anfang an das Prälegat auf den Erbantheil des Honorirten als Legat für diesen nicht bestehe. Nach dieser Ansicht müsse die Parömie der römischen Juristen an die Spitze gestellt werden: heredi a semetipso legatum dari non potest, L. 116. §. 1 de leg. I., d. h. wenn ein Erblasser dahin seinen Willen ausgesprochen habe, daß alle seine Erben verpflichtet sein sollen, Einem oder Einigen von ihnen, oder Allen ein Vermächtniß zu leisten, so könne dies, insofern es von dem Legatarerben selbst geleistet werden solle, als Vermächtniß nicht bestehen. Es sei nämlich eine juristische Unmöglichkeit, daß Jemand zugleich sein eigener Gläubiger und Schuldner in Beziehung auf denselben Gegenstand sein könne, Gajus II. 245; ebenso wie das, was ihm bereits als Erbe gebührt, nicht nochmals ihm durch den Legatstitel zufallen könne, weshalb diese Regel ebensogut für Legate, welche nach älterem Rechte nicht per vindicationem hinterlassen werden sollen, als auch gerade für solche Vindicationslegate gegolten habe.

Bucher, System der Pand. §. 462.
Mayer, das Recht der Anwachsung S. 119.
Lang, Lehrb. des röm. Rechts §. 397.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 316. Not. 212.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 262.
Roßhirt, Civilr. Bd. 3. §. 693. Nr. 3.
Burchardi, System und innere Geschichte des röm. Rechts §. 372.
v. Buchholtz, Prälegate S. 188.

Hiergegen vgl.

Claussen, jurist. Zeitschrift für Schleswig-Holstein-Lauenburg Jahrg. 1845. S. 171—196.

IV.

Wenn der Erblasser ein fremdes Hauskind zum Universalerben einsetzt und dessen Hausvater mit einem Vermächtnisse bedenkt, so streitet man über die rechtliche Eigenschaft dieses Vermächtnisses.

Einige meinen, daß ein solches Vermächtniß giltig hinterlassen sei, aber nur dann nach Justinianischem Rechte zur Wirklichkeit gelangen könne, wenn im Augenblicke der Antretung der Erbschaft das Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht mehr bestehe; denn anderenfalls werde eigentlich der Vater Universalerbe und könne sich daher das Vermächtniß nicht selbst schulden.

Duarenus ad L. 25 D. de legat. I.

Wenn jedoch der Sohn die Erbschaft auf Befehl des Vaters, dem legirt worden, angetreten habe, so bestehe ein rechtsgiltiges Prälegat. §. 3 Inst. de legat. 2, 20. L. 30. §. 8 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 23.

Andere meinen, nur alsdann sei ein Prälegat anzunehmen, wenn der Hausvater statt des die Erbschaft recusirenden Sohnes die Erbschaft, aus welcher ihm ein Vermächtniß hinterlassen sei, für sich angetreten habe, indem nunmehr wirklich Erbe und Legatar in derselben Person zusammenträfen; wenn aber der Sohn in diesem Falle zum heres ex asse eingesetzt gewesen, so habe auch in der Person des Vaters das Prälegat keinen Bestand.

v. Buchholtz, Prälegate S. 117.

Andere meinen, ein Prälegat bestehe in dem letztgedachten Fragefalle überhaupt nicht, da zwischen Vater und Sohn keine Personeneinheit existire.

v. d. Pfordten, Abhandl. S. 113 u. 210.

V.

Streitig ist, ob in einer divisio parentum inter liberos die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten.

Einige verneinen die Frage, weil Vermächtnisse nur in einem Testamente oder in einem Codicille hinterlassen werden könnten, beides sei aber eine divisio nicht, vgl. L. 16 C. famil. hercisc. 3, 36, und diese Ansicht werde indirect durch L. 77. §. 8 de leg. II. bestätigt, wo die Worte: „pater verbis fideicommissi filio reliquit", und „si inter filios divisionem fecit" einen Gegensatz bildeten.

Bachov ad Treutler. Vol. 1. disp. 19. th. 12. lit. D.
Struvius, jurispr. forensis lib. II. tit. 24. not. p.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 211 f.

Andere und fast alle übrigen Rechtslehrer nehmen an, daß die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten.

Cujacius, notae ad L. 15 D. 34, 9.
Hertius, de praeleg. §. 5.
Thibaut, System §. 864. (9. Aufl.)
Bachofen, das röm. Pfandrecht Bd. 1. S. 129. Not. 11.

Vgl. über die Gründe und Gegengründe

v. Buchholtz, die Lehre v. d. Prälegaten S. 233 f.

VI.

Streitig ist, ob es auch stillschweigend hinterlassene Prälegate giebt.

Es behaupten dies unter Bezugnahme auf L. 86 pr. de leg. II. und L. 18 C. famil. hercisc.

Brunnemann, Comm. ad P. L. 40. §. 1 de leg. III.
Hertius, de praeleg. §. 5.
Francke, de legato praeceptionis §. 3.
Müller, promtuarium v. praelegatum Nro. 1.
Pfeiffer, de praeleg. §. 4.
Archiv für die Rheinprovinzen Bd. 16. S. 145.

Andere bestreiten überhaupt das Dasein eines praelegati taciti.

Nettelbladt, von Prälegaten S. 13 u. 14.

Vgl.

Schilling, Lehrb. der Instit. §. 354. Not. h.
Buchholtz, Prälegate S. 269 f.

VII.

Streitig ist, ob eine Bedingung, welche für Erbeseinsetzungen hinzugefügt war, auch das Prälegat treffe.

Einige meinen, daß die Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingesetzt ist, auch bei dessen Prälegate als wiederholt gelte. L. 17. §. 3 D. de doli mali except. L. 70. L. 77 pr. de condit. et demonstr.

Hertius, de praeleg. §. 12.
Pfeiffer, de praeleg. §. 4.
Warnkönig, Comment. jur. Rom. lib. 4. cap. 6. §. 1124.
Schweppe, deutsches Civilr. Bd. 3. §. 695. II.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 275.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 735.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 429.

Andere meinen, eine feste Regel bestehe nicht, daß nämlich überall, wo nur die Erbeseinsetzung und nicht auch das Prälegat unter einer Bedingung angeordnet ist, diese Bedingung auch bei dem Prälegate subintelligirt werden müsse. Diese Wiederholung der Bedingung trete vielmehr nur da ein, wo der, welcher das Prälegat einfordert, dadurch, daß er es so fordert, als gelte die nur der Erbeseinsetzung ausdrücklich hinzugefügte Bedingung für das Prälegat nicht, gegen den bewiesenen oder wenigstens mit genügenden Gründen zu vermuthenden Willen des Erblassers auftreten würde.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 124 u. 125.
v. Buchholtz, Prälegate S. 292.
Westphal, von Vermächtnissen S. 338.

Siehe auch die ausführlichen Gründe für diese Ansicht bei

v. Buchholtz S. 293 f.

Andere meinen, daß der Wille des Testators, die Bedingung von der Erbeseinsetzung auf das Prälegat zu beziehen, einzig und allein in den beiden Fällen zu präsumiren sei, wo die Bedingung der Erbeseinsetzung in favorem libertatis et emancipationis beigefügt sein würde.

v. d. Pfordten, de praelegatis p. 35—38.

Siehe hiergegen

Roßhirt, von Vermächtnissen Bd. 1. S. 272 f.
Fritz in Wening-Ingenheim's Lehrbuch §. 456. Not. n. n.

VIII.

Wenn alle Erben auf res certae eingesetzt sind, z. B. der eine Erbe auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Lybianus, oder der Eine auf die materna, der Andere auf die paterna bona, oder der Eine auf einen fundus, der Andere auf eine insula, oder der Eine auf ein Drittheil eines Grundstückes, der Andere auf zwei Drittel desselben Grundstückes oder verschiedener Grundstücke, so streitet man, welche rechtliche Bedeutung dergleichen Erbeseinsetzungen haben.

Einige meinen, wenn auch nach L. 35 pr. §. 1 de hered. instit. 28, 5 jeder auf solche res certae eingesetzte Erbe mit seinen Miterben die Erbschaft zu gleichen Theilen haben solle, so solle doch ein Gegenbeweis zulässig sein, daß die am Grundstücke genannten Theile zugleich die Erbtheile bezeichnen sollten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 180.

Andere meinen, daß die Erben die Erbschaft zu gleichen Theilen erhalten müßten, gesetzt auch, daß die einzelnen ausgesetzten Sachen von sehr verschiedenem Werthe sein sollten. Diese Ansicht beruhe zwar nicht auf einer grammatischen Interpretation der Worte im Testamente, sondern die Prälegate seien hier erst durch psychologische Interpretation der Juristen, dem Geiste der Anordnung des Testators gemäß, entstanden; nichts destoweniger seien hier wirkliche Prälegate vorhanden.

Mevii decis. T. I. dec. 115.
Nieto, de praeleg. cap. 2. §. 19.
Fein, Recht der Collation S. 378.
Kind, quaest. forens. T. II. cap. 61.
Roßhirt, gem. Civilr. Bd. 3. §. 588.
v. Buchholtz, Prälegate S. 253.

IX.

Streitig ist, ob die in vorstehender Controverse angegebene Regel auch bei Soldatentestamenten gelte.

Einige bejahen dies.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 34. not. f.

Andere verneinen die Frage, gestützt auf L. 35. §. 2 de hered. inst. 28, 5 und L. 2 C. de test. milit. 6, 21, vgl. mit L. 13 C. de hered. inst. 6, 24.

Pothier, Pandectae 29. 1. Nro. 26.
v. Buchholtz, Prälegate S. 254.

X.

Stirbt der Prälegatar, ohne daß ein Transmissionsfall für den Erbtheil des Prälegatars eintritt, während die Erben des Prälegatars noch fähig sind, nach den Principien über Transmission der Legate an die Stelle ihres Erblassers zu treten, so streitet man, welchen Theil die Erben des Prälegatars einfordern können.

Einige meinen, sie können nur den Theil einfordern, welchen die Miterben zu leisten haben, nicht aber den Theil, welchen ihr Erblasser nach der Regel: heredi a semet ipso legari nequit sich selbst würde auszahlen müssen. L. 75. §. 1 D. de legat. II.

Seuffert, Erörter. Bd. 2. S. 316.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 429.
v. Buchholtz, Prälegate S. 310.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 918.

Andere räumen dem sog. Transmissar das Recht ein, das Prälegat vollständig in Anspruch zu nehmen.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 54 sq.
Buchardi, System des röm. Pr.-R. §. 372.

XI.

Streitig ist, ob die Vulgarsubstituten des mit dem Prälegate bedachten Erben einen Anspruch auf das Prälegat haben, wenn die Substitution ins Leben tritt.

Einige meinen, die Antwort auf obige Frage hänge von der Wort- und Zeitfolge ab, und unterscheiden nach Analogie der Fideicommisse, ob die Substitution früher oder später als das Prälegat angeordnet sei. In jenem Falle sollen die Prälegate nur bis auf den Erbtheil, in diesem Falle ganz auf den Substituten übergehen.

Gomez, variar. resol. T. I. cap. 5. Nro. 18.
Gasparis Antonii Thesauri quaest. forens. lib. 1. qu. 17. Nro. 22.

Andere gewähren dem Substituten in der Regel ein eben so volles Anrecht auf die Prälegate als auf die Erbportion, wenn nicht etwa der entgegenstehende Wille des Erblassers ersichtlich sei, namentlich wenn dem Erben prälegirt und darauf gesagt sei: in aliis, in ceteris, in omnibus aliis bonis solle die Erbeseinsetzung geschehen und hierauf in dictis his bonis die Substitution erfolgt sei.

Boerius, dec. 280. §. 2.
Peregrinus, de fideicomm. art. VII. Nro. 8.

Andere unterscheiden, ob Freunde oder Miterben substituirt seien; jene sollen kein Anrecht, diese allerdings ein Anrecht auf die Prälegate dessen haben, dem sie substituirt sind.

Papillonius, de directis substit. cap. 8. in Ottonis thes. T. IV. p. 704 sq.

Andere gestehen dem Vulgarsubstituten auf das dem directen Erben hinterlassene Prälegat gar keinen Anspruch zu, wenn ihm ein solcher im Testamente nicht ausdrücklich eingeräumt worden sei.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 41.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 918.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 310. Not. 9.
Roßhirt, Civile. Bd. 3. §. 695. II.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 833. Nr. 3.

Andere sprechen dem Substituten das Prälegat schon dann zu, wenn die Substitution mit sehr umfassenden Worten angeordnet worden, z. B. wenn A nicht mein Erbe wird, so substituire ich ihm „in Allem und für Alles" den B.

Ferretius, praelect. in lib. 35. tit. 2. ad L. Titia.
Menochius, de praesumtion. lib. 4. praes. 195 §. 5.

Andere meinen, es müssen zwei Hauptfälle unterschieden werden: 1) wenn der Substitut durch Ausschlagen des Instituirten oder 2) durch dessen Tod zur Erbschaft gelange. Im ersten Falle bekomme der Substitut den Erbtheil des Ausschlagenden, ohne jedoch den auf dieser Erbportion haftenden Theil des Prälegats, indem ja der Repudiant dieses immerhin als simples Legat auch von dem Substituten selbst vindiciren könne. L. 17. §. ult. L. 18. L. 87. L. 89 D. de legat. I. L. 16 D. 34. 2. Eine Ausnahme finde nur statt, wenn erwiesenermaßen der Wille des Testators dahin gegangen sei, dem Prälegatar sein Vermächtniß nur unter der Bedingung zuzuwenden, daß er auch die Erbschaft antrete. L. 88 D. de legat. I. Dann treffe die Ausschlagung der Erbschaft die Strafe, daß der Substitut, wenn der Prälegatar keine Collegatare habe, die Erbportion des Repudianten vollständig, also auch mit Einschluß des Prälegats, erwerben könne, insoweit dieses auf der genannten Erbportion hafte. Ebenso wenn der eingesetzte Erbe die testamenti factio activa verliere. Die ganzen Prälegate sei dagegen der Substitut nur dann zu fordern berechtigt, wenn die Substitution ausdrücklich auch auf die Prälegate gerichtet gewesen sei.

Wenn 2) der instituirte Erbe und Prälegatar vor dem Erblasser gestorben sei, so erwerbe der Vulgarsubstitut das Prälegat, insoweit es zu seiner Erbportion gehört habe, wenn nicht ein für dieses Legat besonders angeordneter Substitut, oder ein Collegatar auch diesen Theil des Prälegats ihm entziehen sollte.

v. Buchholtz, Prälegate S. 317.

Vgl.

Claussen in der Zeitschr. v. d. Schleswig-Holstein-Lauenburger Advocatenvereine Jahrg. 1845. S. 194 f.
Nettelbladt, von Prälegaten S. 69. 70. 72.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 245.

XII.

Streitig ist, ob der Pupillarsubstitut des mit einem Prälegate bedachten Erben ein Anrecht auf das Prälegat habe.

Die Meisten behaupten dies, da die Pupillarsubstitution sich auf alles Vermögen des Pupillen beziehe, was ihm zu irgend einer Zeit durch Erbschaft oder Legate, L. 10. §. 5 de vulg. subst. 28, 6, zufälli, wohin auch Prälegate in ihrem ganzen Umfange gehörten.

v. Buchholtz, Prälegate S. 328 u. die Not. 105 Allegirten.

Andere verneinen die Frage.'

Siehe die bei Buchholtz a. a. O. allegirten älteren Rechtslehrer.

XIII.

Streitig ist, ab und inwiefern Prälegate canferirt werden müssen.

Einige meinen, daß derjenige Theil des Prälegats, welcher hereditario jure besessen wird, von den Descendenten canferirt werden müsse — ahne Gründe für diese Ansicht anzuführen.

v. d. Pfordten, de praelegat. p. 59.

Andere nehmen an, daß, weil die Prälegate in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen, sie auch der Callatian unterwarfen seien. L. 20 C. de collation.

Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 5. §. 183 d.
Valett, Pand.-R. §. 1080. Not. 98.
Hunger, Erbrecht S. 518. Not. 2. S. 211 u. 212.

Andere schließen sich dieser Ansicht im Allgemeinen an, meinen aber, es finde eine Ausnahme van der Callation bei allen Vermächtnissen statt, bei welchen der hanarirte Erbe nachweisen könne, daß der Testatar dabei die bestimmte Absicht gehabt habe, sie ihm als eine varauszunehmende Begünstigung (praecipuum) zuzuweisen.

Schweppe, röm. Pria.-R. §. 864. Not. 2.

Andere meinen, Prälegate dürften gar nicht canferirt werden; dies ergebe sich aus L. 2 C. si ut omissam. L. 6 C. de collation. L. 1. §. 15 u. 17 D. eod. Die Parallele von dem Pflichttheile sei nicht zutreffend, da salche von Justinian nur in Beziehung auf den Erwerb der Kinder bei Lebzeiten ihrer Eltern gemeint sei.

Mevius, decis. T. 1. dec. 84.
Leyser, sp. 413. med. 5.
Hertius, de praeleg. §. 17.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 283.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 406.
Lauterbach, de collat. dotis §. 69.
Fein, das Recht der Collation S. 237.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 774.
v. Buchholtz, Prälegate S. 350.

XIV.

Streitig ist, ob die Prälegate in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen.

Einige verneinen dies wegen der Analagie mit der Callation. L. 17 C. de collat.

Struvius, synt. jur. civ. exerc. 7. §. 35.

Andere leugnen zwar die Einrechnung der Prälegate in den Pflichttheil, machen aber alsdann eine Ausnahme, wenn es erhellt, daß der Vater seinen Kindern mehr als den Pflichttheil, auf welchen sie eingesetzt sind, nicht habe hinterlassen wallen.

C. H. Horn, resp. ac sententiae class. 7. resp. 36 et 41.

Die Meisten meinen, daß die Prälegate in den Pflichttheil einzurechnen seien; der Satz falge aus der allgemeinen Fassung der L. 36 pr. C. de inoff. test., wenn man auch die ganz ausdrücklich entscheidenden Worte „vel in legatis" als ein Glossem fartlassen wolle; dies habe sich auch durch Nov. 115 nicht geändert.

Hertius, de praeleg. §. 17.
Francke, de praeleg. §. 8.
Pfeiffer, de praeleg. §. 27.

v. Nettelbladt, aon Prälegaten S. 55.
Fein, das Recht der Collation S. 235.
Roßhirt, Civilrecht Bd. 3. §. 694.
v. Buchholtz, Prälegate S. 252.]

XV.

Streitig ist, ab die Erben, wenn einem einzelnen Erben bestimmte Sachen prälegirt sind, zur Evictionsleistung verpflichtet sind.

Einige meinen, wenn einem einzelnen Erben bestimmte Sachen prälegirt sind, gleichaiel ab derselbe ein Descendent des Erblassers sei oder nicht, ja finde keine Evictiansverbindlichkeit der Erben statt, im Falle daß der Testator sein Eigenthum zu prälegiren geglaubt habe. L. 77. §. 8 D. de legat. II. Diese Entscheidung beruhe darauf, daß, weil dem Prälegatar schon eine Erbschaftsquote hinterlassen worden, man annehmen würde, der Erblasser habe mehr Rechte, als ihm selbst an den prälegirten Objecten zugestanden, diesem Hanorirten einräumen wollen, welche Belastung der Miterben man nicht dem Sinne des Testatars gemäß habe finden kännen. — Habe aber der Erblasser gewußt, — was der Erblegatar, wer er auch sei, zu beweisen habe, — daß die prälegirte Sache eine fremde gewesen, so trete die Evictianspflicht ein, wie dies durch ein argumentum a contrario aus den Warten der L. 77 cit. falge, zumal da sagar in einem solchen Falle die fremde legirte Species, wenn sie nicht in der Erbschaft sich befinde, gekauft werden müsse. §. 4 Inst. de legat. 2, 20. L. 10 C. de legat. 6, 37. Natürlich sei der Prälegatar selbst auch verpflichtet, nach der Größe seines Erbtheils einen Beitrag zu der näthigen Kaufsumme zu leisten. Bei einem generell hinterlassenen Prälegate bestehe in allen Fällen eine Evictianspflicht. — Wenn nicht blaß ein einzelnes Prälegat hinterlassen, sondern mehreren ader allen Erben prälegirt sei, so gelten die eben über die einzelnen Prälegate aufgestellten Grundsätze. Wenn aber allen Erben und zwar in der Weise Prälegate hinterlassen worden, daß das ganze Vermögen des Erblassers durch die Anardnung der Prälegate erschöpft worden, sa werde zwar in L. 77. §. 8 D. de legat. II. eine Klage nicht ausdrücklich gestattet; aber der durch Eviction verletzte Erbe dürfe ein Retentiansrecht an den von seiner Erbquate zu leistenden Prälegatstheilen so lange ausüben, bis er vallkommen entschädigt sei. Da nun bei einer salchen Vertheilung der Testatar die Stelle eines arbiter familiae herciscundae (L. 33 D. famil. hercisc.) vertrete, dieser aber dafür zu sorgen habe, daß Caution wegen der möglichen Evictian der adjudicirten Objecte geleistet werde (L. 25. §. 21 D. famil. herc.), woraus für den Verletzten die actio ex stipulatu entspringe, und da im Falle dieser unterlassenen Füesarge dem durch die Evictian verletzten Miterben dennach eine actio praescr. verbis dieserhalb zustehe (L. 14 C. eod. L. 7 C. communia utriusque 3, 38), so müsse auch der van dem Testator in den einzelnen Objecten zugewiesene Erbtheil, durch die Evictionspflicht aller Erben gesichert, jedem Theilerden bleiben, es müßte denn ausnahmsweise der Testator die ausdrückliche Erklärung abgegeben haben, daß jeder Erbe seine ihm in die Erbportion eingerech-

girten Sachen cum periculo et commodo haben solle, in welcher Aeußerung eine Ausschließung der Evictionspflicht durch den Erblasser liegen würde.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 10. 2. §. 23.
Stryk, spec. usus moderni Pand. 10. 2. §. 9.
Müller, prompt. v. praelegatum §. 15.
v. Buchholtz, Prälegate S. 360 f.

Andere meinen, bei Descendenten des Erblassers finde stets und allgemein die Evictionsverbindlichkeit statt, gleichviel ob die Vertheilung von dem Vater oder von der Mutter vorgenommen sei; habe solches ein fremder Erblasser gethan, so cessire die Evictionspflicht:

Voet, Comm. ad P. 10. 2. §. 1.
Westphal, von Vermächtnissen S. 588.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 944.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 3053.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 109.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 284.

oder wenigstens trete die Evictionspflicht alsdann ein, wenn der verpflichtete Miterbe ein extraneus sei.

Vasquius, de successionibus et ult. volunt. lib. 3. §. 23. limitatio 18. Nro. 40.

Andere lassen die Evictionspflicht überhaupt wegfallen, ohne zwischen Wissen und Nichtwissen des Erblassers zu unterscheiden.

Wissenbach, exerc. ad P. disp. 41. ad lib. 21. tit. 1. §. 14.
Claussen in seiner jurist. Zeitschr. 1845. S. 180.
Burchardi, System und innere Geschichte des röm. P.-R. §. 372. S. 1216.

Andere meinen, weil der Erbe seines Erbtheils wegen, nicht aber der Legatar seines Vermächtnisses wegen, ein Forderungsrecht auf Evictionsleistung habe, bei den prälegirten Objecten aber die hereditaria pars von der legati pars unterschieden werde, so müsse für die Eviction jenes Theils des Prälegats die Erbschaft haften, nicht aber für die Eviction dieses Theils.

Pfeiffer, de praeleg. §. 26.
v. Nettelbladt, von Prälegaten S. 57 u. 58.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 284.

Hiergegen siehe

Claussen in seiner Zeitschr. Kiel 1845. S. 179.
v. Buchholtz, Prälegate S. 368.

XVI.

Streitig ist, wie viel der Prälegatar, wenn zwei oder mehrere Erben zu demselben Prälegate berufen sind, an dem Prälegate erwirbt*).

Einige meinen, daß, wenn mehreren Erben ein Prälegat ohne Angabe der Portionen beschieden sei, sie das Prälegat nach Anzahl der Personen, nicht aber nach Verhältniß der Erbportionen zu theilen haben. Denn rücksichtlich der Prälegate seien die Erben nur als Legatare anzusehen, und könne ihre Qualität als Erben dabei gar nicht in Betracht kommen.

Brunnemann, Comm. in Cod. 6. 37. ad L. 7.
Braun, Dictate S. 691.
Hartitzsch, Erbrecht §. 306.
Schweppe, röm. P.-R. §. 918.
Geyert, die Lehre von Vermächtnissen S. 248.
Burchardi, System u. Gesch. des röm. Priv.-R. §. 372.

Andere meinen, daß, wenn der Testator bei der Berufung zweier Erben zu ungleichen Theilen und bei deren Honorirung mit einem Prälegate die gleiche Vertheilung des letzteren unter beide Berechtigte nicht ausdrücklich festgesetzt habe, jeder Erbe einen ebenso großen Theil am Prälegate als an der Erbschaft erhalte. Wenn also A auf $^{1}/_{4}$, B auf $^{3}/_{4}$ instituirt und Beiden ein Grundstück prälegirt wäre, so würde A nur $^{1}/_{4}$, B aber $^{3}/_{4}$ am Prälegate haben.

Struvius ad Ant. Matthaei de success. c. 9. §. 22.

Andere meinen, daß allerdings die Größe der Erbportionen die Größe der Quoten am Prälegate bestimme, und daß beide im umgekehrten Verhältnisse zu einander ständen, so daß im vorher angegebenen Beispiele A $^{3}/_{4}$, B aber $^{1}/_{4}$ am Prälegate bekommen müßten.

v. Nettelbladt, Prälegate S. 60.

Andere meinen, daß die gleiche Vertheilung zwar im Zweifel auch bei den Prälegaten Platz greife, daß jedoch nach der Regel: heredi a semetipso legari non potest in zwei Fällen eine Modification eintrete, nämlich: einmal, wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden concurrire, so falle der auf seiner Erbportion haftende Theil ganz dem oder den Fremden zu, und zweitens, wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und auch beide zu demselben Prälegate berufen seien, so ständen ihre ungleichen Theile im umgekehrten Verhältnisse zu ihrem Erbtheile.

Mayer, Recht der Anwachsung S. 119.

Vgl. auch

Warnkönig, Comm. jur. Rom. priv. §. 1124.

Andere unterscheiden außer dem Falle, wenn ein Erbe und ein Fremder als Collegatarien vorhanden seien, zwei Fälle, nämlich einmal den, wenn die beiden Erben zugleich die einzigen Vermächtnißnehmer, und dann den Fall, wenn mehrere Miterben da sind, L. 34. §. 12 de legat. I. L. 67. §. 1 eod., wofür dann die eben angeführte Entscheidung eintreten würde.

Corn. van Eck, principia secund. ordin. Dig. ad lib. 30. 31. 32. §. 7.

Andere unterscheiden: Bei einem mehreren Personen hinterlassenen Prälegate erhielten die Einzelnen Virilportionen, soweit sie von den Miterben das Legat bekämen, während sie sich selbst den auf ihre Erbportion fallenden Theil des Prälegats retinirten, L. 2 pr. de instructo etc.; ein allen Erben hinterlassenes Prälegat solle wirkungslos sein, indem Jeder in solchem Falle seinen Erbtheil verwirke und nichts zur Vertheilung übrig bleibe; bei einem gewöhnlichen, allen Erben, wenn diese nur zwei sind, hinterlassenen Legate (nicht

---

*) Die Prälegate sind vor der Erbtheilung abzusondern. Dies hat jedoch nicht etwa die Bedeutung, als ob, wenn einem Erben 300 prälegirt waren, diese 300 aus der Erbschaft vorweg genommen würden, gleichsam als wenn den Prälegatarien eine Art Separationsrecht zustände und erst das nun übrig Bleibende als die zu vertheilende Erbschaft angesehen würde. Vgl. hierüber L. 88. § 3 de legat. II. L. 41. §. 3 de legat. III. L. 92 pr. eod. L. 77 pr. de legat. II. L. 12 de cond. et demonstr. 35, 1.

Westphal, von einzelnen Vermächtnißarten §. 743.
Francke, de praeleg. §. 6. not. k.
Glück, Pand. Bd. 11. S. 39.
Reinhardt, Ergänzungen zu Glück Bd. 4. S. 67.
Rein, das röm. Privatrecht S. 381.
Bruno Schilling, Pandektenrecht §. 276.
v. Buchholtz, Prälegate S. 306.

Prälegate) sollten deren Antheile am Legate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbportionen stehen; wenn aber die Zahl aller Erben die Zahl zwei übersteige, so sollten gleiche Theile gemacht werden; nur wenn Einer von diesen mehreren Miterben und Legatarien zu einem ebenso großen Erbtheile berufen sein sollte, daß er von den Uebrigen nicht seine Virilportion am Legate bekommen könnte, z. B. wenn der eine Miterbe und Legatar auf zehn Unzien, die andern Beiden jeder auf ein Zwölftel berufen sein sollte, dann solle wegen der L. 34. §. 12 de legat. I. dasselbe gelten, wie bei zwei Erben. Wenn endlich ein simples Legat nicht allen Erben hinterlassen sei, so gelte als Regel ebenfalls gleiche Vertheilung, nur mit der Modification, daß, wenn der eine Legatar eine so große Erbportion habe, daß alle seine Miterben zusammen, mögen sie Collegatare sein oder nicht, ihm seine Virilportion zu geben nicht im Stande seien, die Erben das Prälegat im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbportionen theilten.

Voet, Comm. ad Pand. lib. 30. §. 6 u. 7.

Andere unterscheiden, ob allen Erben oder ob einigen von mehreren Erben legirt sei. Im ersteren Falle sollten die einzelnen Legatarien das Prälegat im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbportionen, L. 34. §. 12 de legat. I., im zweiten Falle zu gleichen Theilen, L. 67. §. 1 eod., erhalten.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1480.
Curtius, Handb. des sächs. Civilr. Th. 2. §. 749.

Andere unterscheiden: Wenn alle Miterben zugleich Collegatare sind, so ständen, mögen es zwei oder mehrere Berechtigte sein, die Antheile Aller an dem gemeinsamen Prälegate in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbtheilen. Wenn aber nur einige Erben mit demselben Prälegate bedacht seien, so solle zwar auch Jeder Alles, was von seinem Erbtheile zu leisten sei, den Anderen zahlen, aber was Jeder von dem Erbtheile der Anderen bekomme, werde gleichmäßig vertheilt*).

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 288 f.

Andere und zwar die Meisten gehen von folgenden römisch-rechtlichen Grundsätzen aus:

Da bei den Prälegaten die Eigenheit bestehe, daß der Legatar zugleich auch der Onerirte sei, ein solches Zusammentreffen des Honorirten und Onerirten in einer und derselben Person aber unstatthaft sei, so könne der Theil des Prälegats, mit welchem die Erbportion des Prälegatars behaftet sei, keinen Rechtsbestand haben. Heredi a semet ipso inutiliter legatur, vgl. L. 18. L. 34. §. 11. L. 116. §. 1 de legat. I. L. 34. §. 1 de legat. II. L. 6. §. 4 D. de hered. inst. 28, 5. L. 18. §. 2 D. de his quae ut indign. 34, 9. Wenn nun keine Collegatare vorhanden seien, so bleibe natürlich dieser Theil des Prälegats in der Erbportion zurück, d. h. der Prälegatar bekomme zwar allerdings das ganze ihm zugedachte Vermächtniß, aber als Legatar, also titulo singulari, erhalte er nur den Theil, mit welchem die Miterben behaftet seien, während der Theil, mit welchem seine eigene Erbportion onerirt sei, gar nicht aus seiner Erbportion ausgeschieden werde, und also bei ihm als Erben, titulo universali, zurückbleibe. Wenn aber Collegatare vorhanden seien, in deren Person nach allgemeinen Grundsätzen ein Anwachsungsrecht begründet sein würde, so könne von einem Zurückbleiben in der Erbportion des Onerirten keine Rede sein, sondern es müsse der Theil des Prälegats, welcher von dem Prälegatar nicht erworben werden könne, vermöge Anwachsungsrecht an den Collegatar fallen, §. 8 Inst. de legat. 2, 20, so daß also in diesem Falle der Prälegatar wirklich einen Theil seines Prälegats einbüße. Dabei mache es aber einen Unterschied, ob die Collegatare zugleich auch Prälegatare seien oder ob zusammen mit dem Prälegatare auch dritte Nichterben zu demselben Legate berufen wären; denn während in dem letzteren Falle ein einseitiges Anwachsungsrecht zu Gunsten dieser Nichterben stattfinde, so müsse in dem ersteren Falle, wenn die Collegatare zugleich Prälegatare seien, ein wechselseitiges Anwachsungsrecht Platz greifen, in Folge dessen es dahin komme, daß der Antheil an dem Prälegate in ein umgekehrtes Verhältniß zur Größe der Erbportion zu stehen kommen würde*).

Pfeiffer, de praelegatis §. 8 u. 16.
Gans, Erbrecht Bd. 1. S. 211.
Lang, Lehrb. des röm. Rechts §. 397.
Thibaut, System §. 899.
v. Vangerow, Pand. §. 523.
Schweppe, röm. Priv.-R. §. 918.

Vgl.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 1. S. 75.
v. d. Pfordten, de praelegatis c. 5. p. 71.
Maßhirl, Vermächtnisse Bd. 1. S. 272 f.
Roßhirt, Zeitschrift Bd. 5. S. 268.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 118.
Schneider, Anwachsungsrecht S. 86.
Seuffert, Lehrbuch §. 605.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 456.
Balett, Pand.-R. §. 1133.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 735.
Göschen, Vorles. §. 1009.
Puchta, Pand. §. 526.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 832.

Andere bemerken hierzu: die Römer hätten „den wunderlichen Satz" angenommen, daß, was der Erbe zu dem Prälegate zu zahlen habe, auf seinen Miterben falle, während es doch am vernünftigsten zu sein scheine, daß das Prälegat zu gleichen Theilen an sämmtliche

---

*) Z. B. A ist auf zwei, B auf vier und C auf sechs Zwölftel Erbe, und A und B sollen 12 bekommen als Legat, so sind von A's Theil zwei, von B's Theil vier und von C's Theil sechs zu leisten; nun nehmen A und B je drei von C, außerdem A von B alle vier und B von A alle zwei.

*) Z. B. A und B sind zu Erben eingesetzt, und zwar der Erstere auf $1/4$, der Letztere auf $3/4$ und es ist dem Erben A und einem Dritten X ein Grundstück legirt, so fällt das ganze Viertheil des Legats, mit welchem die Erbportion des A behaftet ist, auf den Collegatar X, während die $3/4$, womit die Erbportion des B onerirt ist, nach gleichen Theilen dem A und dem X zufallen, so daß im Ganzen der Prälegatar A $3/8$, der Collegatar X aber $5/8$ des legirten Grundstückes erhält. Wäre aber in dem obigen Beispiele das Grundstück den beiden Erben A und B prälegirt, so muß das $1/4$, welches A zu dem Legate zu leisten hat, ganz an den B und die $3/4$, womit B onerirt ist, ganz an den A fallen, so daß A, welcher Erbe zu $1/4$ ist, von dem Prälegat $3/4$ bekommt, während an den B, welcher auf $3/4$ zum Erben eingesetzt ist, nur $1/4$ des Prälegats fällt. L. 34 §. 11 u. 12 de legat. I.

Collegatare falle, aber es sei dies von den Klassikern für inelegant gehalten worden.

Braun, Dictate S. 691.
Arndts im Rechtslexikon Bd 6. S. 289. Anm. 72.

Andere stellen folgende Ansicht auf: Allerdings fänden wir nicht selten den Grundsatz ausgesprochen: heredi a semetipso inutiliter legatur, aber hier, wie öfter, hätten die römischen Juristen ein falsches Dogma an die Spitze gestellt und es in der Anwendung gleichwohl verlassen; denn in der Wirklichkeit sei von dieser angeblichen Ungiltigkeit des Prälegats nichts zu finden. Vielmehr bleibe das Prälegat immer vollkommen giltig, möge der Prälegatar die Erbschaft antreten oder ausschlagen, möge er vor dem Antritte sterben oder möge ihm nach dem Antritte die Erbschaft wieder verloren gehen; und zwar bleibe in allen Fällen das Prälegat als Legat giltig, denn die freilich allgemein angenommene Meinung, daß der Prälegatar einen Theil des Prälegats als Erbe erhalte, sei nicht nur ein Widerspruch in sich, sondern zeige sich auch nirgends in der Anwendung begründet, indem der Prälegatar als solcher z. B. niemals für die Schulden hafte, indem er ferner nur dieselben Ansprüche auf Eviction habe, wie ein Legatar, und indem er, wenn ihm die Restitution der Erbschaft vom Erblasser aufgetragen sei, das ganze Prälegat zurückbehalte. L. 86 ad leg. Falcid. 35, 2. Da nun hiernach immer das Prälegat in seinem vollen Umfange als Legat giltig sei, so verstehe es sich auch von selbst, daß, wenn mehreren Personen zusammen ein Prälegat hinterlassen sei, von einem eigenthümlichen Anwachsungsrechte keine Rede sein könne, sondern es müsse ein solches Prälegat nothwendig, wie ein anderes gewöhnliches Vermächtniß, gleichheitlich unter sämmtliche Collegatare vertheilt werden. Zwar lasse es sich nicht leugnen, daß mehrere römische Juristen den Satz angenommen hätten, daß ein Legat, in Bezug auf welches Jemand zugleich honorirt und onerirt sei, insoweit dieses der Fall, nichtig sei, und deshalb auf den Collegatar falle. Glücklicherweise seien indeß die Römer in dieser Lehre nicht consequent, vielmehr werde in mehreren Stellen, L. 67. §. 1 de legat. I. L. 104. §. 5 eod. L. 34. §. 1 de usufr. leg. 33, 2, auch gerade das Gegentheil gelehrt, und daraus erhelle, daß der Gesetzgeber jenes Princip von der Nichtigkeit des Legats und dem Anfalle desselben auf die Collegatare zugleich verworfen und angenommen habe, daß es mithin ebensoviel Grund gebe, dieses Princip zu befolgen, als es nicht zu befolgen. Da nun der gedachte Grundsatz von der Nichtigkeit und der ungleichen Vertheilung des Legats nicht bloß der Vernunft, sondern auch Justinian's Gesetzgebung in L. un. §. 11 C. de caduc. toll. 6, 51 widerspreche, so sei es richtiger, den vernünftigen Grundsatz und die allgemeine Regel über Legate nicht zu verlassen, zumal da die Nichtigkeit eines dem Prälegatar auferlegten Legats nur ex subtilitate juris angenommen, der Wirkung nach dagegen sonst überall verworfen sei. Hiernach unterscheide sich praktisch das Prälegat in gar nichts von den sonstigen Legaten, und das Zusammentreffen vom Onerirten und Honorirten in einer und derselben Person bleibe ohne allen ersichtlichen Einfluß.

Claussen in der jurist. Zeitschrift herausgegeben von dem Schlesw.-Holst.-Lauenb. Advocatenvereine Jahrg. 1845. S. 144—210.

Andere gehen zwar von dem Grundsatze aus: heredi a semetipso legatum dari non potest; da aber diese Regel rein aus Rechtsprincipien hervorgegangen sei und mit dem Willen des Testators in grellem Conflicte stehe, so habe sie in den meisten Fällen nur einen formellen Einfluß, d. h. sie führe nicht dahin, daß der Prälegatar einen Theil des Vermächtnisses verliere, sondern nur dahin, daß derselbe nicht als Legat giltig bleibe, vielmehr dem Prälegatar als Erben zufalle. Einen materiellen Einfluß jener Regel dürfe man nur in den Fällen annehmen, in welchen dies in den Gesetzen speciell anerkannt sei, und dieses komme nur in folgenden drei Fällen vor:

1) wenn ein ex asse heres mit einem oder mehreren Anderen zu demselben Prälegate berufen sei, indem in diesem Falle nach L. 34. §. 11 de legat. I. das ganze Object des Prälegats nur dem einen oder den mehreren Nichterben zu Theil werde;

2) wenn nur ein Einziger von zwei oder mehreren Erben zugleich mit einem oder mehreren Nichterben bei demselben Prälegate concurrire, denn hier falle in Gemäßheit der L. 116. §. 1 de legat. I. der Theil des Prälegats, mit welchem die Erbportion des Prälegatars belastet sei, ausschließlich auf die Collegatare;

3) wenn nur zwei Personen zur Erbschaft und zu demselben Prälegate berufen seien, indem in diesem Falle nach L. 34. §. 12 de legat. I. der Erbtheil des Einen ganz dem Anderen, und der Erbtheil des Anderen am Prälegate wiederum ganz dem Ersteren zufalle.

In diesen drei Fällen, und nur in diesen, trete das besondere Anwachsungsrecht bei Prälegaten ein, während in allen übrigen die allgemeine Regel der Legatentheorie Platz greife, daß die mehreren Collegatare gleiche Theile bekämen, und dies werde vollständig dadurch bestätigt, daß wirklich für die übrigen Fälle in einer Reihe von Gesetzen die gleichheitliche Vertheilung des Prälegats anerkannt sei, und zwar namentlich:

1) wenn Einigen unter mehreren Miterben ein Prälegat hinterlassen sei, in L. 67. §. 1 de legat. I. L. 2 pr. de instructo 33, 7. L. 78. §. 13 ad SC. Trebell. 36, 1.

2) wenn mehr als zwei Erben eingesetzt, und ihnen allen ein Prälegat hinterlassen sei, in L. 104. §. 5 de legat. I. L. 34. §. 1 de usu et usufr. leg. 32, 2, und endlich

3) wenn alle Erben und zugleich einer oder mehrere Nichterben zu einem und demselben Prälegate berufen seien, in L. 7 de usufr. accresc. 7, 2.

Da in diesen verschiedenen Fällen das Princip der gleichen Vertheilung nicht etwa nur von einem oder dem anderen Juristen, sondern von Juristen verschiedener Jahrhunderte, von Julian, Gajus, Scävola, Papinian und Paulus vertheidigt werde, so dürfe man wohl zuverlässig den Schluß ziehen, daß diese Regel der gleichen Vertheilung unter die Prälegatare auch in dem noch weiter möglichen, aber in den Quellen nicht erwähnten Falle eintreten müsse, wenn nämlich einigen Erben und

neben ihnen noch einem oder noch einigen Fremden dieselbe Sache legirt sei.

v. Buchholtz, Prälegate S. 372 f. 430 f.

Siehe die Gegengründe bei

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 35. S. 269 f.

Andere schließen sich zwar der obigen Ansicht der meisten Juristen an, fügen jedoch den Zusatz bei: jedoch ist im Zweifel anzunehmen, daß Mehrere, denen ein Prälegat hinterlassen ist, nach Köpfen und nicht nach Verhältniß ihrer Erbpartianen gerufen sind.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 436.

Andere stellen den Satz auf: daß das Prälegat unter den compraelegatariis immer nach Virilpartianen berechnet werde, man dürfe nur nicht den Maßstab der Bezahlung mit dem Maßstabe der Vertheilung des Bezahlten verwechseln:

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 276.

und dieser Ausspruch wird in

Roßhirt, Civilrecht Bd. 3. §. 694.

dahin verdeutlicht, daß Roßhirt drei Sätze als entscheidend aufstellt: die Miterben bezahlen das Prälegat pro parte hereditaria; die am Prälegate Berechtigten theilen pro parte virili, und was jeder Miterbe sich selbst zahlen muß, ist ungiltig und accrescirt dem anderen Prälegatar.

Roßhirt a. a. O.

XVII.

In Beziehung auf das Anwachsungsrecht streitet man, ob, wenn alle Erben mit der collectiven Bezeichnung heredes zu demselben Prälegate berufen sind, unter diesen Erben das Anwachsungsrecht eintrete. Vgl. Contr. 16.

Einige verneinen dies, weil diese collective Benennung keine sächliche Verbindung, sondern bloß eine conjunctio verbis enthalte; es müßte also das Prälegat in der Erbschaft bleiben, also zum Theil auch dem Repudianten gegen seinen Willen wieder zufallen.

Schneider, das Anwachsungsrecht S. 87.

Andere bejahen die Frage, weil solches Aufdrängen eines zurückgewiesenen Rechts unmöglich in dem Sinne und Geiste der römischen Jurisprudenz liegen könne.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 78.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 436.
v. Buchholtz, Prälegate S. 414.

XVIII.

Streitig ist, ob bei Prälegaten überhaupt ein Anwachsungsrecht stattfindet. Vgl. Contr. 16.

Einige und zwar die Meisten bejahen dies, und wenden die Regeln des Anwachsungsrechtes bei gewöhnlichen Legaten, jedoch mit Berücksichtigung des Rechtssatzes: heredi a semetipso legari non potest, an.

v. Buchholtz, Prälegate S. 407 f.
v. Vangerow, Pand. §. 523.

Andere meinen, da jedes Prälegat als solches nur in Bezug auf die Antheile der Miterben des Bedachten Wirksamkeit habe, und der bedachte Theilerbe auch nur für die Erbesantheile der Miterben rechtlich das Legat ansprechen dürfe, so folge daraus, daß jeder Prälegatar nicht an die ganze Erbschaft, sondern nur an seine Miterben, also jeder an verschiedene Personen, Keiner zu dem Ganzen berufen sei, also ihre Theile am Vermächtnisse nicht concursu bestanden.

Mayer, das Recht der Anwachsung S. 120.
Wute im Rechtslexikon Bd. 1. S. 316. Not. 212.

Siehe die Widerlegung bei

v. Buchholtz, Prälegate S. 415 f.

XIX.

Streitig ist, ob der Erbe das Prälegat fordern könne, wenn der Erblasser zwar eine gesetzliche, aber in der Wahrheit nicht begründete Enterbungsursache angeführt und der Notherbe das Testament deshalb mit Erfolg angefochten hat.

Einige meinen, in diesem Falle müsse der Notherbe bei der Einforderung des Prälegats abgewiesen werden, weil die von dem Erblasser zu dem Objecte dieses Prälegats Berechtigten durch die Anstellung des Rechtsmittels aus der Nov. 115 voluntatem defuncti impugnant; desgleichen unter Berufung auf die Grundsätze der contra tabulas bonorum possessio.

Francke, Notherbenrecht S. 389.
v. d. Pfordten, de praeleg. p. 70.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 280.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 676.

Andere meinen, wenn von Eltern oder Kindern, welche mit Anführung eines gesetzlichen, aber unwahren Grundes enterbt sind, die Querel angestellt werde, so alterire dieses die Giltigkeit der Vermächtnisse gar nicht; wenn der Kläger selbst mit einem simplen Legate bedacht war, so werde dieses durch die siegreich durchgeführte Querel in ein Prälegat verwandelt; wenn die instituirten Erben Fremde waren, so bleibe ihnen ihr Prälegat, nur daß sie es jetzt ganz jure legati als simple Legatarien hätten; waren aber unter den instituirten Erben auch Kinder oder Eltern des Erblassers, so blieben diese Prälegatarien, sobald sie Intestaterben würden, nur daß sich der ihnen hereditario jure gebührende Theil des Prälegats auch vergrößern oder verkleinern könne, wenn die im Testamente ihnen bestimmte Erbportion kleiner oder größer gewesen sein sollte, als die jetzt nach der Rescission der Erbeseinsetzungen ihnen zustehende gesetzliche Erbquote.

Und ganz dieselben Folgen müßten eintreten, wenn ohne allen gesetzlichen Grund enterbte oder präterirte Kinder oder Eltern auf die Nullität des Testaments auf Grund der Nov. 115 antrügen.

v. Buchholtz, Prälegate S. 571.

Vgl.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 284 f.
Elvers in s. Themis N. F. Bd. 1. S. 248.
Burchardi, System und innrer Geschichte des röm. Priv.-R. §. 372. S. 1216. Not. 58.
Heimbach im Rechtslex. Bd. 8. S. 153. Not. 34.

Wenn der Erblasser jedoch auf die Anfechtung des Testaments die Strafe des Verlustes der Vermächtnisse gesetzt habe, so fielen auch die Prälegate.

Müller, promtuar. juris v. legatum Nro. 153.
Thibaut, System §. 1009. Not. d. (9. Ausg.)

XX.

Streitig ist, ob ein Prälegat aufgehoben werde, wenn das Testament, worin es hin-

terlassen war, durch ein nachgeborenes Hauskind rumpirt wird.

Einige bejahen dies allgemein.

Hert, de praelegatis §. 24.

Andere unterscheiden; bei einem solchen Testamente könne entweder die Farm der Ausschließung oder die gehörige Mativirung derselben vermißt werden, und danach könne es entweder nur im Punkte der Erbeseinsetzung oder seinem ganzen Inhalte nach unwirksam werden.

Seuffert, Pand. §. 661. Not. 2.
v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. Bd. 13. S. 356.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 352 f. Bd. 39. S. 5.
v. Buchholtz, Prälegate S. 581 f.

XXI.

Streitig ist, ob ein Prälegat für erlaschen gilt, wenn der Testatar die Zweckbestimmung — den modus — in Beziehung auf welche er das Prälegat hinterlassen hat, widerruft.

Einige bejahen dies unbedingt, unter Berufung auf L. 30. §. 2 de adimendis.

Hertius, consilia et responsa p. 224. §. 1.
Thibaut, Pand. 9. Aufl. §. 999. Nr. D.

Andere meinen, die L. 30 cit. enthalte nicht eine Aufhebung der Zweckbestimmung, sandern eine Translation des Vermächtnisses a persona in personam. Deshalb werde durch dieses Gesetz die allgemeine und unbedingte Bejahung der Frage nicht ausgesprachen.

a. Buchholtz, Prälegate S. 594 f.

XXII.

Hat der Testatar den prälegirten Gegenstand onerose veräußert, so bleibt dennach das Prälegat bestehen, wenn nicht der Beweis geführt wird, daß der Erblasser diese lästige Veräußerung in der Absicht vargenommen habe, das Legat aufzuheben.

Streitig ist aber, wer den Beweis zu führen habe.

Einige meinen, die Miterben hätten nur die Veräußerung des prälegirten Objects zu beweisen, denn in derselben liege schan die Präsumtion des Widerrufes; der Prälegatar müsse also den Gegenbeweis führen, daß der Erblasser seinen guten Willen gegen ihn nicht geändert habe.

Höpfner, Instit. §. 588. Not. 5.
Müller, promtuar. v. legatum Nro. 132.
v. d. Pfordten, de praeleg. p. 64.

Andere meinen, die Erben müßten stets den Beweis führen, daß der Erblasser die Veräußerung in der Absicht vorgenommen habe, das Legat aufzuheben, gleichviel ob der Gegenstand eine körperliche Sache ader eine Forderung sei, oder ab das Prälegat ganz ader nur theilweise veräußert sei. Theils bringe dies die Regel: eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere, L. 32 D. de probat. 22, 3, mit sich, theils widerspreche die Ansicht der Gegner bestimmten Gesetzen in §. 12 Inst. de legat. L. 11. §. 12 et 13 D. de legat. III. L. 25 D. de adimendis 34, 4.

Glück, Pand. Bd. 21. S. 364.
Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung Nr. 9. (Ausg. von Heffter S. 100.)
v. Buchholtz, Prälegate S. 610.

Präparation der querela inoff. testam., s. querela inoff. test. c. 19.

Präparatorisches Rechtsmittel, s. querela inoff. test. c. 1.

Präterition, s. Notherbenrecht D. c. 2 f.

Princeps litis causa heres institui nequit, s. Erbunfähigkeit, relative c. 6.

Privatspecification, ob solche einer Inventur gleichstehe, s. beneficium inventarii c. 7.

Privattestamente, schriftliche, ob sie eventuell als mündliche gelten, s. testam. nuncupativum c. 2.

Privattestamente.

A. Testamentszeugen.

Glück, Pand. Bd. 34. §. 1412 f.
Heimbach sen. im Rechtslexikon Bd. 10. S. 758 f.
v. Vangerow, Pand. §. 444.

I.

Daß die Blinden bei einem schriftlichen Testamente nicht Testamentszeugen sein können, ist unbestritten, da die Zeugen nicht nur das Testament eigenhändig unterschreiben und ihre Siegel beisetzen, sandern auch ihre Namen und Siegel recognosciren müssen. L. 21 C. de testam. L. 4 D. testam. quemadmod. aperiant. 29, 3.

Streitig ist aber, ob ein Blinder auch bei mündlichen Testamenten, als zur Zeugschaft unzulässig, auszuschließen sei.

Einige meinen, der Blinde sei ein fähiger Testamentszeuge. Denn die L. 9 C. de testam. rede nur van der Gegenwart der Zeugen vor dem Testatar, nicht aber van dem Gesichte derselben; ferner heiße es in §. 6 Inst. de test. ord. also: Testes autem adhiberi possunt ei, cum quibus testamenti factio est. Blinde könnten aber Testamente errichten und in solchen zu Erben eingesetzt werden; sadann würden in §. 6 Inst. cit. verschiedene physische Fehler aufgeführt, welche zum Zeugnisse bei Testamenten unfähig machten, z. B. mutus, surdus; des Blinden aber werde nicht gedacht. Außerdem farderten die Gesetze von den Testamentszeugen weiter nichts, als daß sie freiwillig varhanden und vom Zweck ihrer Gegenwart unterrichtet seien, daß sie vermeiden, dem actui testandi fremde Geschäfte einzumischen, und endlich sa hören und verstehen könnten, was der Testatar verardne, daß sie darüber demnächst ein giltiges Zeugniß ablegen könnten. Alles dies könne aber van einem Blinden geleistet werden, und die L. 20. §. 9 D. qui test. fac. poss. 28, 1: nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere, trete auch bei Blinden ein. Ebenso dürften mehr Solennitäten, als die Gesetze ausdrücklich vorschrieben, nicht verlangt werden.

Thibaut, System §. 829.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 447.
Schweppe, röm. P.-R. §. 815.
Mackeldey, Lehrbuch §. 640.
Höpfner, Instit. §. 445.
Hunger, Erbrecht §. 35.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 4. S. 58.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Heimbach sen. im Rechtslexikon Bd. 10. S. 762.
Löhr im Archiv von Hagemann und Günther Th. 3. Nr. 10.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 60.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1262. not. s.

Andere meinen, Blinde müßten als Testamentszeugen ganz ausgeschlossen werden. Denn die L. 9 C. de testam. lasse sich nicht so verstehen, wie die Gegner vermeinten. Der Zweck dieser Vorschrift sei, jeder möglichen Unsicherheit vorzubeugen; ein Blinder könne ja nun aber gar nicht wissen, was er unterschreibe und seine Unterschrift auch nicht recognosciren. In conspectu alicujus esse werde nicht nur in activer Bedeutung, sondern auch in passiver Bedeutung genommen, und heiße daher, sowohl daß der Testator die Zeugen sehen müsse, als auch, daß der Testator von den Zeugen gesehen werde. Die L. 9 C. de test. sei also so zu verstehen, daß sowohl der Testator die Zeugen sehen müsse, als umgekehrt. Wollte man die Worte in conspectu testatoris nur activ auffassen, so werde solches, im Widerspruch mit der L. 8 C. 6, 22, die Folge haben, daß ein Blinder gar nicht testiren könne. Die L. 32 C. de fideic. fordere perfectissima veritas, und solche lasse sich nicht anders erreichen, als wenn die Testamentszeugen nicht blind seien.

Die von den Gegnern angegebenen Gesetze seien nicht beweisend. Der §. 6 Inst. de test. ord. beweise, wenn man die Ansicht der Gegner annehme, zuviel, indem doch die Gesetze die Frauenspersonen, die Unmündigen, die Verschwender vom Testamentszeugnisse ausschlössen, welche doch ebenso wie Blinde zu Erben eingesetzt werden könnten. Daß die Blinden nicht ausdrücklich als unfähige Zeugen aufgeführt seien, habe sich deshalb als überflüssig gezeigt, weil die Zeugen den Testirer sehen müßten, und es sei wahrscheinlich den römischen Juristen gar nicht eingefallen, blinde Zeugen bei einem Acte als möglich zu halten, dessen Wahrnehmung bei schriftlichen wie bei mündlichen Testamenten ohne den Sinn des Gesichts nicht vollständig und in allen seinen Theilen möglich sei. Die L. 20. §. 9 qui test. fac. poss. beweise nicht, daß Blinde giltige Testamentszeugen seien, weil es ja nicht bloß auf Hören und Verstehen ankomme, wozu schon zwei Zeugen genügen würden; lese man das Gesetz im Zusammenhange, so stelle Ulpian hier den Satz auf, „es ist nicht nöthig, daß die Zeugen die Sprache des Testators verstehen, weil sie den Inhalt des Testaments nicht zu wissen brauchen; wenn sie nur soviel verstehen, daß sie wissen, wozu sie berufen sind." Endlich handle es sich hier nicht um eine bloße Solennität, sondern um eine perfectissima veritas, welche durch den majorem numerum testium außer allen Zweifel gesetzt werden solle; dazu taugten aber blinde Zeugen nicht.

Auch die Praxis soll dieser Ansicht folgen.

Donellus, Comm. de jur. civ. lib. 6. cap. 7. §. 9.
Voet, Comm. ad P. 28. 1. §. 7.
Cocceji, jus contr. 28. 1. qu. 11.
Westphal, von Testam. §. 182.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 562.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 295.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. S. 182.
Seuffert, Lehrbuch §. 524.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 660.
Puchta, Lehrbuch §. 458.
Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 24.

II.

Streitig ist, ob ein Testament ungiltig ist, wenn ein Tauber als Testamentszeuge adhibirt worden war.

Einige meinen, daß die Tauben nur bei dem mündlichen Testamente ausgeschlossen, bei schriftlichen Testamenten aber als giltige Zeugen zuzulassen seien; weil bei einem schriftlichen Testamente die Zeugen den Inhalt desselben nicht zu wissen brauchten, sondern nur erfordert werde, daß der Testator in ihrer Gegenwart erkläre, daß die Schrift sein Testament enthalte, welche er ihnen zur Unterschrift und Besiegelung vorlege; dazu werde aber kein Gehör erfordert, weil hier der Taube schon aus der Handlung des Testators abnehmen könne, was er dabei zu thun habe. Dies werde auch dadurch bestätigt, daß bei einem schriftlichen Testamente die Zeugen die Sprache des Testirers nicht zu verstehen brauchten. L. 20. §. 9 D. qui test. fac. 28, 1. Denn ob Jemand nicht hören, oder das, was er hört, nicht verstehen könne, sei gleichviel.

Walch, introd. in contr. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 10. p. 299.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. Bd. 3. §. 965.

Andere meinen, daß die Tauben stets, und also auch bei schriftlichen Testamenten als Zeugen unfähig seien. Schon im älteren Rechte, obgleich sowohl das test. per aes et libram als auch das test. praetorium nie schriftliche Testamente gewesen seien, wären Taube für unfähige Testamentszeugen gehalten worden. Justinian habe dies nicht geändert; vielmehr gerade da, wo er sage, daß Stumme und Taube zu Testamentszeugen nicht gebraucht werden könnten, handle er von schriftlichen Testamenten. Dies erhelle aus §. 14 Inst. de testam. ord., wo es heiße: Sed haec quidem de testamentis, quae in scriptis conficiantur, und erst nachher werde die Lehre von mündlichen Testamenten vorgetragen. Bei diesem klaren Verbote dürfe man also Taube als Testamentszeugen niemals zulassen.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 319.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 561.
Heimbach sen. im Rechtslexikon Bd. 10. S. 766 und alle Lehrbücher.

Vgl. testamenti factio activa c. 8 u. 9.

Präjudiz 1.

Ein Harthöriger ist unter Voraussetzung der Nachweisung des Umstandes, daß von ihm die Willenserklärung des Testirers gehört und verstanden worden, für fähig zum Testamentszeugnisse anzusehen*).

Erk. des OAG. zu Cassel v. 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 2.

*) Vgl. §. 6 Inst. de testam. ord. (2, 10); §. 3 Inst. quib. non est permiss. (2, 12); fr. 1. §. 3 de postul. (3, 1); fr. 21 pr. qui testam. fac. poss. (28, 1); fr. 7. §. 1 de decur. (50, 2); C. 21. §. 2; C. 26, 29 de testam. (6, 23); C. 26 qui testam. fac. poss. (6, 22).

III.

Streitig ist, ob Legatare und Fideicommissare bei einem Testamente als giltige Zeugen zuzulassen seien.

Einige meinen, wenn auch Legatare bei einem schriftlichen Testamente giltige Zeugen sein könnten, so sei dies doch bei mündlichen Testamenten nicht der Fall. Denn bei einem schriftlichen Testamente bleibe der Inhalt des Testaments den Zeugen verborgen, bei einem

mündlichen dagegen müßten alle Zeugen den Inhalt des Testaments erfahren, also auch der Legatar und Fideicommissar, daß ihm etwas vermacht sei. Da nun bei dem mündlichen Testamente der ganze Beweis auf der Aussage der Zeugen beruhe, so könne hier dem Legatar sowenig gestattet sein, ein Zeugniß — in eigener Sache — abzulegen, als es bei einem schriftlichen Testamente einem Zeugen erlaubt sei, sich selbst ein Legat mit eigener Hand in das Testament zu schreiben. Auch sämmtliche Gesetze redeten bei Zulässigkeit der Legatare als Testamentszeugen nur von schriftlichen Testamenten.

Faber, de error. Pragm. dec. 66. err. 1.
Dauth, doctr. de testam. ad L. 20 D. 28. 1.
Richter, decis. 31. Nro. 21.
Struv, exerc. 32. th. 13.

Andere wollen sogar ein Testament dann für ungiltig erklären, wenn ein naher Verwandter, z. B. ein Bruder des eingesetzten Erben oder Legatars als Zeuge zugezogen ist.

Stryk, cautela test. cap. 13. §. 28.
Struv, exerc. 32. §. 13.
v. Hohnhorst, Jahrbücher des OHG. zu Mannheim Bd. 1. S. 171. Bd. 4. S. 1. Bd. 6. S. 128.

Andere meinen, der Legatar sei zwar ein giltiger Solennitätszeuge bei der Errichtung des Testaments, aber kein zulässiger Zeuge, wenn vom Beweise des Testaments die Rede sei.

Brokes, select. obs. for. obs. 274.
Walch, introduct. in controv. jur. sect. 2. membr. 3. §. 13. p. 303 sq.

Andere meinen, der Legatar sei in allen Beziehungen vollgiltiger Zeuge. Dies gestatte sowohl das ältere Recht, L. 14 D. 34, 5; Gajus Inst. II. §. 108; L. 20 pr. D. 28, 1; L. 3. §. 3 C. Theod. 4, 4; L. 22 C. 6, 23, als auch Justinian in den Institutionen, §. 11 Inst. 2, 10. Auf den Einwand, daß Niemand in eigener Sache Zeuge sein könne, komme nichts an, weil der Legatar durch sein Zeugniß nur die Wahrheit der den Zeugen bekundeten letzten Willenserklärung des Erblassers bestätige; es komme deshalb hierbei auf sein Legat nichts an, sondern nur auf die Erbeseinsetzung. Vermächtnisse könnten ja auch vor fünf Zeugen errichtet werden.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 353.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 363.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 767.
Löhr im civil. Archiv Bd. 2. S. 189.
Gebr. Overbeck, Medit. Th. 4. S. 19 u. 353.

Vgl. Contr. 7.

IV.

Streitig ist, ob Universalfideicommissare giltige Testamentszeugen sein können.

Einige verneinen dies, weil der Universalfideicommissar sogut ein juris successor sei, wie der heres directus. Denn nach der Restitution der Erbschaft werde er als Erbe betrachtet, er sei loco heredis, und alle erbschaftlichen Klagen gingen auf ihn, tanquam heredem, über.

A. Faber, de error. Pragm. dec. 46. err. 5.
Vinnius, Comm. ad §. 11 Inst. de test. Nro. 5.
Manzius, de testam. valido vel inval. tit. 5. qu. 1. Nro. 57—59.
Bachovius, Comm. ad §. 10 Inst. de test. ord.
Müller ad Struv. exerc. 32. th. 13. p. 658.
Haubold ad Bergeri oecon. jur. T. I. lib. 2. tit. 4. th. 3. not. r.

Andere meinen, auch der Universalfideicommissar könne giltiger Zeuge sein. Denn abgesehen davon, daß in den Institutionen von fideicommissarii im Allgemeinen die Rede sei, ohne zwischen Singular- und Universalfideicommissar zu unterscheiden, und daß nach Gleichstellung der Legate und Singularfideicommisse unter Justinian, streng genommen nur der Fideicommißerbe bezeichnet werden könne, so sei auch ein Fideicommißerbe sowenig wie der Legatar und Singularfideicommissar ein juris successor in dem Sinne, wie er in der Institutionenstelle genommen werde. Denn darunter verstehe hier Justinian, wie aus dem unmittelbar vorhergehenden §. 10 Inst. 2, 10 hervorgehe, einen solchen Erben, welcher dem Testator unmittelbar und jure directo succedire, zwischen welchem und dem Testator also das testamentarische Hauptgeschäft nach rechtlicher Annahme vorgehe. Sowie also bei dem Mancipationstestamente der Erbe deshalb habe Zeuge sein können, weil die familiae mancipatio nicht zwischen ihm, sondern zwischen dem familiae emtor und dem Testator vorgegangen sei, ebenso könne der Fideicommißerbe auch jetzt Zeuge bei einem feierlichen Privattestamente aus demselben Grunde sein, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Auch bleibe ja nach der Restitution der Erbschaft der Fiduciar der wahre Erbe. §. 3 Inst. 2, 23: qui enim ex testamento semel heres exstitit, non desinit heres esse. L. 141. §. 1 D. 50, 17.

v. Vangerow, Pand. §. 444. Not. 6.
Löhr im civil. Archiv Bd. 2. S. 189.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 357 u. die Not. 48 Aufgeführten.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 768.
Schweppe, röm. P.-R. §. 815.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 447.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 965.
Seuffert, Lehrbuch §. 524.

V.

Streitig ist, ob der in re certa eingesetzte Erbe giltiger Testamentszeuge sein könne.

Einige bejahen dies unbedingt; denn daß ein solcher Erbe nur für einen Legatar zu halten sei, bestätige Justinian dadurch, daß solcher nichts weiter bekomme, als die Sache, auf welche er eingesetzt sei, und daß daher die erbschaftlichen Klagen nicht ihm, sondern allein den übrigen Erben zuständen. Er sei deshalb sowenig wie ein anderer Legatar für einen juris successor zu halten. L. 13 C. 6, 24.

Harprecht, diss. de testimonio testam. heredi interd. th. 11.
Müller ad Struv. exerc. 32. th. 13. p. 657.

Andere meinen, wenn es auch richtig sei, daß ein heres in re certa neben anderen, entweder auf eine Quote, oder schlechthin, eingesetzten Erben als Legatar gelte, so könne er doch nicht als Zeuge bei dem Testamente, in welchem er eingesetzt sei, zugelassen werden, weil er möglicher Weise, wenn kein anderer Erbe neben ihm eingesetzt worden, oder die Eingesetzten weggefallen seien, die ganze Erbschaft erhalte, also juris successor

werde, und die Giltigkeit des Testaments, wenn der heres ex re certa als Zeuge dabei zugezogen wäre, unmöglich davon abhängen könne, ob die neben dem heres ex re certa eingesetzten Erben antreten oder wegfallen würden. Auch sei der heres ex re certa nur legatarii loco; denn er bekomme die Sache, auf welche er eingesetzt sei, sogut wie der Miterbe, unmittelbar vom Testator titulo heredis, und habe daher, um solche zu erhalten, gegen den Miterben die actio familiae herciscundae. L. 35 pr. D. 28, 5.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 360.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 768.
Schweppe, röm. P.-R. §. 810.
Francke, Recht des Notherben S. 338.
v. Vangerow, Pand. §. 449.

VI.

Unbestritten können Hauskinder des Testators keine giltigen Testamentszeugen sein. §. 9 u. 10 Inst. de test. ordin.

Streitig ist aber, ob dann, wenn ein filius familias über sein peculium castrense testirt, der Hausvater oder der mit dem Testator unter derselben Gewalt stehende Bruder Zeuge sein könne, indem die Gesetze §. 9 Inst. de test. ord. 2, 10 und L. 20 pr. D. qui test. facere poss. 28, 1 hierüber im Widerspruche zu stehen scheinen.

Einige meinen, es müsse der Pandektenstelle der Vorzug gegeben werden, wonach die Frage zu bejahen sei, weil bei einem filius familias, der ein peculium castrense habe, die väterliche Gewalt nicht in Betracht komme. L. 2 D. de SC. Maced.

Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 28.
Walch, introd. in controv. jur. p. 301 sq.
Puchta, Pand. §. 465.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 328.

Andere meinen, daß der Institutionenstelle, wonach die Frage verneint werde, der Vorzug gebühre; denn es liege hier ein Fall vor, wo Justinian absichtlich von den Pandekten abweiche, und wo man also die Pandekten, als bloß historisch, zurücksetzen müsse.

Huber, prael. jur. civ. ad Inst. lib. 2. tit. 10. §. 15.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 476. not. 8.

Andere meinen, die Stellen ließen sich so vereinigen, daß man die Pandektenstelle von dem Falle verstehen müsse, wenn der Soldat als Soldat testire, während die Institutionen von dem Falle sprächen, wenn das Testament nach der Entlassung aus dem Kriegsdienste errichtet werde.

v. Vangerow, Pand. §. 444. Not. 5.
Schrader im Corp. jur. civ. T. 1. p. 294.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 769.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 368.

Vgl. testamenti factio activa c. 13.

VII.

Streitig ist, ob der Bruder des eingesetzten Erben ein giltiger Testamentszeuge sein könne.

Einige verneinen dies, weil Brüder für einander im Gerichte kein völlig giltiges Zeugniß ablegen könnten, und weil das Zeugniß wegen der besonderen Zuneigung, welche Brüder gegen einander hegten, verdächtig scheine.

Carpzov, P. III. const. 3. def. 7. Nro. 6.
Brunnemann ad L. 20 D. qui test. facere poss. Nro. 7.
Struv, exerc. 32. §. 13.
Stryk, cautela test. cap. 15. §. 28.

Andere meinen, die Frage sei zu bejahen; denn nirgends sei die Unfähigkeit der Brüder, als Testamentszeugen aufzutreten, ausgesprochen; auch sei in §. 10 Inst. de testam. nur verordnet, daß Brüder, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, keine Testamentszeugen bei dem Testamente sein können, worin einer von ihnen zum Erben eingesetzt worden. Daraus folge aber, daß, wenn sie nicht mehr in der väterlichen Gewalt ständen, sie giltige Zeugen sein müßten. Wenn endlich auch ihr Zeugniß vor Gericht nicht vollgiltig sei, so habe dies auf ihre Zulässigkeit als Testamentszeugen — als Solennitätszeugen — keinen Einfluß. Vgl. auch §. 11 Inst. de test. ordin.

Müller ad Struv. exerc. 32. §. 13.
Leyser, sp. 355. coroll. 1.
Otto, de testimonio fraterno testamentario sect. 2. Nro. 2.
Cocceji, jus civ. contr. tit. qui test. fac. poss. qu. 13.
Wernher, T. I. part. 4. obs. 230. qu. 13.
Struben, rechtl. Bed. Bd. 3. Nr. 90.
Gebr. Overbeck, Medit. Th. 4. Nr. 193.

VIII.

Streitig ist, ob der Mangel der Fähigkeit eines Testamentszeugen auch dann schade, wenn dieser Mangel bei der Testamentserrichtung nicht bekannt war. L. 1 C. de testam. 6, 23.

Einige meinen, wenn ein solcher unfähiger Testamentszeuge bei Errichtung des Testaments allgemein für das angesehen worden, wofür er sich ausgegeben, so werde nach L. 1 C. 6, 23 das Testament für giltig gehalten. Denn obgleich die L. 1 cit. nur davon rede, daß ein Sclave, qui omnium consensu liberorum loco fuit, als Zeuge fungirt habe, so sei nach der Billigkeit dieses auch auf andere Unfähigkeitsfälle zu beziehen.

v. Vangerow, Pand. §. 444. S. 146.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 341.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 771.

Andere meinen, die Vorschrift der L. 1 cit. gründe sich auf eine specialis principum liberalitas, sei also als ein besonderes Recht anzusehen, welches keine Ausdehnung erlaube.

Voel, Comm. ad §. 7 Inst. de test. ord. p. 625.
Vultejus, Comment. in Inst. jur. civ. ad §. 7 Inst. de test. ord. Nro. 18.

IX.

Streitig ist, inwieweit der gute oder üble Ruf, in welchem die Zeugen stehen, bei Testamentszeugen in Betracht komme.

Einige drücken sich unbestimmt dahin aus: Alle diejenigen sind als Testamentszeugen unfähig, welche das Gesetz für improbi oder intestabiles erklärt, und beziehen sich auf §. 6 Inst. de test. ordin. und die Notariatsordnung §. 6.

Mühlenbruch, Pand. §. 666.

Andere meinen, in §. 6 Inst. cit. seien zwar als unfähige Zeugen die improbi et intestabiles genannt, und hierzu gehörten die Pasquillanten, Ketzer und Apostaten,

sowie die wegen Ehebruchs und Bestechung Verurtheilten. Allein die Frage und Untersuchung, was hier praktischen Rechtens sei, vereinfache und erledige sich fast ganz durch die allgemeine Vorschrift der Nov. 90 c. 1, wonach nur testes bonae aestimationis zugelassen werden sollten, zu welcher nach der praef. ein Vorfall bei einem Testamente die Veranlassung gegeben habe. Hiernach sei für das praktische Recht das Erforderniß der hier in Rede stehenden Eigenschaft ein allgemeineres, als es gewöhnlich ausgedrückt werde, so daß die speciell von den Gesetzen bezeichneten Personen sämmtlich unter den allgemeineren Begriff treten.

Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 25.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 339.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Marezoll, bürgerl. Ehre S. 225.

X.

Streitig ist, ob die Zeugen den Testirer persönlich kennen müssen.

Einige meinen, daß jeder einzelne der sieben Zeugen den Testator von Person kennen müsse. Denn die Gewißheit des Willens erfordere dies, weil die Zeugen sonst der Person des Testirenden nicht gewiß seien; wo solle aber die Gewißheit herkommen, wenn vielleicht nur ein oder gar kein Zeuge den Testator gekannt haben sollte? Vgl. auch Nov. 90 praef. u. c. 1.

Voet, Comm. ad P. 28. 1. §. 24.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 305.
Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 4.

Andere meinen, nur beim schriftlichen Testamente sei es nicht unumgänglich nöthig, daß die Zeugen den Testirer persönlich kennen müßten.

Hartitzsch, Erbrecht §. 58.

Andere unterscheiden; wenn der Testator sich absichtlich an einen fremden Ort begeben habe, um daselbst zu testiren, und das Testament vor Zeugen, die ihn nicht kannten, errichtet habe, so sei das Testament ungiltig; wenn dagegen ein Reisender unterwegs schwer krank geworden sei, und vor Zeugen testirt habe, die ihn nicht kannten, so gelte das Testament.

Pistor, tract. jur. civ. de testatore testibus testamentariis incognito (1757).

Andere meinen, wenn es auch gewiß sei, daß die Zeugen sich von der Identität der Person überzeugen müßten, so könne doch nicht behauptet werden, daß dies auf keine andere Weise möglich sei, als wenn sie den Testator schon vorher gekannt haben, und da kein Gesetz die Kenntniß sämmtlicher Zeugen erfordere, so müsse es genügen, wenn nur einige Zeugen den Testator persönlich kennten, und wenn Streit und Zweifel hinterher über die Identität entstehe, diese auf gewöhnliche Weise zur Hebung gebracht würden.

Westphal, von Testamenten §. 153.
Madiha, princ. jur. R. de succession. §. 70.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 429 f.
v. Vangerow, Pand. §. 444. Nr. 6.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 363.

Siehe die Widerlegung dieser Ansicht in Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 4.

XI.

Ueber die Frage, ob Ordensgeistliche Testamentszeugen sein können, spricht sich ein Erkenntniß des Cassations- und Revisionshofes zu Berlin vom 25. Januar 1834 folgendermaßen aus:

Präjudiz 1.

§. 6 Inst. de testam. ordin. (2, 10) erklärt unfähig zu Testamentszeugen diejenigen, welche keine testamenti factio haben. Dieser Ausdruck bezeichnet keineswegs alle diejenigen, welche kein Testament machen können. Namentlich können Kinder in väterlicher Gewalt kein Testament machen,

pr. Inst. quib. non est permissum (2, 12),

während sie entschieden die testamenti factio haben, und daher Testamentszeugen sein können.

§. 8 Inst. de testam. ordin.

Durch jenen Ausdruck sollen nur von der Zeugenschaft ausgeschlossen sein, theils alle Peregrinen, theils diejenigen, welche wegen leichtsinniger Verschwendung oder wegen gewisser Verbrechen für unfähig oder für unwürdig erklärt waren, Testamente zu machen. Vgl. §. 6 cit. mit fr. 18 pr. §. 1; fr. 20. §. 7; fr. 26 qui testam. fac. poss. (28, 1).

Diese Gesetze passen weder dem Buchstaben noch dem Geiste nach auf die Ordensgeistlichen. Durch ihre Unfähigkeit, Vermögen zu haben und zu testiren, werden sie nicht unfähige Testamentszeugen.

Die Notariatsordnung von 1512. Tit. 1. §. 6 hat durchaus nicht die Absicht, die Eigenschaft der Testamentszeugen neu zu bestimmen, sondern nur an das römische Recht zu erinnern, aus welchem sie zu erklären ist. Dies gilt namentlich von folgenden Worten des Gesetzes:

„Denn viel seyend in Rechten zu solcher Zeugniß verboten, als gemeinlich alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen, oder aus Testament etwas empfahen."

wo überdies dem Worte „gemeinlich" das Wort regulariter hinzugefügt wird. Die Worte „so selbst nicht u. s. w." müssen daher von solchen Personen verstanden werden, welche von der Fähigkeit zu testiren, oder eingesetzt zu werden, als Verschwender oder Verbrecher — interdicti, improbi, intestabiles — ausgeschlossen sind.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 202.

B. Förmlichkeiten.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 4. S. 54—99.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 771 f.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 375 f.
Donellus, Comm. de j. civ. lib. 6. c. 8. §. 6 u. 7.
Roßhirt, Erbrecht S. 407 f.

I.

Streitig ist, ob ein zur Nachtzeit in der Dunkelheit errichtetes Testament gelte.

Einige meinen, ein Testament, welches zur Nachtzeit errichtet worden, ohne daß das Zimmer, in welchem der Testator nebst den Zeugen sich befand, durch Licht erhellt worden, sei nichtig, weil es an der Gewißheit des letzten Willens fehle. Denn kein Zeuge könne versichert sein, daß der, welcher das Testament in der Dunkelheit der Nacht gemacht, wirklich derjenige gewesen, für welchen er sich ausgegeben. L. 22. §. 6 D. 28, 1.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 58.
Höpfner, Instit. §. 445.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 659. Not. 12.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 308.

Andere meinen, es müßten sogar drei Lichter brennen.

Jason in cons. l. 3. c. 50.

Hiergegen siehe

Müller ad Struv. exerc. 32. th. 10. not. i. Nro. 4.
Wernher, lect. Comm. ad P. 28. 1. §. 22.

Andere meinen, daß das zur Nachtzeit und im Dunkeln errichtete Testament zwar die rechtliche Vermuthung einer Fälschung erwecke, daß aber der Gegenbeweis gegen solche Vermuthung gestattet sein müsse.

Madihn, princip. jur. Rom. de succession. §. 70.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 565.

Hiergegen siehe

Hagemann im Archiv f. theor. u. prakt. Rechtsgel. Th. 1. Nr. 7. S. 198—206.

Präjudiz 1.

Der Prüfung der Frage, ob „testes in conspectu testatoris officio functi sunt", ist man alsdann überheben, wenn zwar eine die Oertlichkeit und jenes Verhältniß näher bezeichnende Bemerkung in der aufgenommenen Urkunde nicht enthalten ist, die Anwesenheit der Zeugen aber in dem Zimmer, worin der Testator sich befand, feststeht, indem in Ermangelung der Angabe besonderer entgegenstehender Umstände unterstellt werden muß, daß jene Vorschrift nicht außer Acht gelassen worden sei.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 5.

II.

Streitig ist, ob ein schriftliches Testament derjenigen Personen, welche weder schreiben noch lesen können, dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt werden müsse.

Einige bejahen die Frage, sowohl bei allen schriftlichen Testamenten, als auch bei der gerichtlichen oblatio testamenti. Denn wenn Jemand, der nicht lesen und nicht schreiben könne, dem Gerichte eine Testamentsurkunde übergebe, oder den Zeugen vorlege, so sei er ohne Vorlesung nicht im Stande, zu erkennen, daß das Testament quaest. wirklich das richtige sei, er könne leicht betrogen werden, und das Gericht könne zu keiner juristischen Gewißheit gelangen, wenn der Testator es durch Vorlesen und Genehmigung nicht selbst wahrnehme und nach eigener Beobachtung beurtheile. Eine Analogie enthalte auch Justinian's Vorschrift in L. 8 C. qui test. facere poss., daß nämlich das schriftliche Testament eines Blinden demselben stets vorgelesen werden müsse. Denn im Grunde sei es einerlei, ob man etwas Geschriebenes nicht lesen oder nicht sehen könne, und auf alle Fälle sei hier eine similitudo rationum zu behaupten, wegen deren schon an sich jedes Gesetz logisch ausgedehnt werden dürfe. Endlich sei auch in L. 19. L. 27 C. de test. bestimmt von einer publicatio der gerichtlichen Testamente die Rede, welches doch nicht, wie Manche behaupteten, auf eine bloße insinuatio der Testamente, sondern nur auf eine vollständige Vorlesung des Inhalts derselben bezogen werden könne.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1406.
Böhmer, diss. de test. non praelecto §. 10—44.
Stryk, de caut. test. cap. 4. §. 26.
Wernher, sel. obs. for. T. I. p. 4. obs. 64.
Walch, introd. in contr. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 23.

Andere meinen, ein ausdrückliches Vorlesen und Genehmigen des Testaments sei nicht erforderlich. Es liege kein Grund vor, der Versicherung eines solchen illiterati, dieses Testament sei das seinige, nicht zu glauben, da ja dem Testator Mittel, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen zu überzeugen, stets zu Gebote ständen. Wäre das Vorlesen des Testaments zu den nothwendigen formellen Requisiten gemacht, so hätte es das Gesetz ausdrücklich aussprechen müssen; da solches nicht geschehen sei, so gehöre es zu den willkürlichen Handlungen. L. 21 C. de test. Ja, der Gesetzgeber habe das Vorlesen gar nicht vorschreiben können, weil der Inhalt des schriftlichen Testaments gar nicht zur Kenntniß der Zeugen zu gelangen brauche. Die Analogie von dem Testamente eines Blinden passe nicht, arg. L. 8 C. qui test. facere poss. Vergl. auch L. 21 C. de test., worin der Kaiser ausdrücklich sage, daß zwischen einem Testator, welcher nicht schreiben könne, und einem Schriftkundigen kein weiterer Unterschied sei, als daß Letzterer, wenn er schriftlich testire, einen Andern zum Unterschreiben des Testaments zuziehen müsse.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 47 f.
Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 38. §. 43.
Leyser, sp. 353. med. 4.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1265.
Weber, Erläuter. d. Pand. §. 1406.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 447.
Thibaut im civ. Archiv Bd. 6. S. 227.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 566.

Präjudiz 1.

Die bekannte Streitfrage: ob zur Giltigkeit des bei Gericht übergebenen Testaments eines Schriftunkundigen erforderlich sei, daß dasselbe dem Testirer vom Gericht vorgelesen werde, ward in einem gegebenen Falle in der zweiten Instanz verneinend entschieden, aus folgenden — im Uebrigen zugleich auf die Ausführung

Thibaut's im Archiv für civil. Praxis Bd. 6. Nr. 12. S. 226 ff.

verweisenden — Gründen.

Nullität einer Handlung kann nur aus Vernachlässigung einer solchen Form hergeleitet werden, die das Gesetz entweder befehlend aufstellt, oder welche einziges Mittel des vom Gesetz erstrebten Zweckes, also insofern nothwendig ist. Jenes tritt hier nicht ein; dieses aber kann schon darum nicht unterstellt werden, weil dem Schriftunkundigen außer jenem Vorlesen noch andere Mittel zu Gebote stehen, um vom Uebereintreffen des Inhaltes der scriptura mit seiner Willensmeinung sich zu vergewissern, und weil er, daß er hiervon das eine oder das andere gewählt und angewendet habe, offenbar deutlich bekundete, wenn er vor Gericht die Erklärung abgab, die übergebene Urkunde enthalte seinen letzten Willen. Diese muß daher auch juridische Glaubwürdigkeit so lange genießen, bis ein untergelaufener Irrthum dargethan wird. Der Richter würde ein Verfahren, zu welchem das Gesetz ihn nirgend befugt, sich erlauben, wenn er dem Testirer ein nur rätbliches, nicht unumgängliches Mittel zur Erlangung jener Ueberzeugung aufdringen wollte. Die dermalen geltenden Gesetze, welche die Förmlichkeiten des testamenti in scriptis illiterati anordnen, haben Maßregeln behufs der Erforschung, ob die schedula testamenti den Willen des Testirers objectiv wirklich enthalte, regelmäßig nicht, sondern nur solche Solennien vorgeschrieben, die lediglich darauf berechnet sind, Gewißheit über die Identität der scriptura testamenti, welche der Testirer als seinen letzten Willen umfassend anerkannt hat, dereinst zu gewähren. Weder

C. 21 de testam. (6, 23),

noch — im Allgemeinen —

C. 31 eod.

gebieten eine Controle durch mündlichen nachmaligen Vortrag, oder Anerkennen auf Vorlesung; dort braucht der octavus subscriptor so wenig, als einer der übrigen sieben Zeugen den Inhalt des Testamentes überhaupt zu erfahren; hier ist diese Mündlichkeit nur ausnahmsweise alsdann erfordert, wenn nicht die nach sonstigen Principien zur Beglaubigung letzter Willen nöthige Anzahl von Zeugen, ausgestattet mit den zur Ermittelung der Identität unerläßlichen Eigenschaften, vorhanden war, — d. h. wenn nicht fünf concurrirten, welche Schriftzüge kannten, also dereinst wieder zu erkennen im Stande wären.

Unter einem ähnlichen Gesichtspunkte mit diesem letz-

jedem Falle stehet der des Testaments eines Blinden, der freilich von der Identität einer scriptura selbst nur eine bei weitem trüglichere Ueberzeugung, als der illiteratus, besitzen kann. Ganz folgerecht ist also hier Vorlesung anbefohlen,

C. 8 qui testam. facere (6, 22),

mit anderen Worten: es ist virtualiter bloß ein testamentum nuncupativum — gleichwie dem illiterato, der nicht fünf testes literatos erlangen kann — so auch dem Blinden verstattet.

Daß die Gesetze strenger sind bei Feststellung der Requisite eines Testamentszeugen, als bei denen des Testirers, indem sie den illiteratus für unfähig, bezüglich auf das testamentum scriptum, zur Rolle des ersteren, nicht zu der des letzteren erklären, davon leuchtet der doppelte Grund ein: einmal, daß ersterer auf die Rechte am Vermögen Dritter einwirken soll, während letzterer durch seine Erklärung nur sein Eigenthum betreffende Verhältnisse autonomisch regelt, und zweitens, daß dem illiteratus nicht das schwer fällt, was er als Testirer zu verrichten hat, nämlich sich Gewißheit über den Inhalt und die Identität einer schedula testamenti zu verschaffen, sondern vielmehr nur das, was vom Zeugen verlangt wird, nämlich längeres Festhalten einer Identitätsüberzeugung in seinem Gedächtnisse.

Diese Satzungen sind für Deutschland wiederholt in der

Notariatsordn. von 1512. tit. 2. §. 2. 7 u. 9,

in welcher besonders die Worte im §. 7: „Das Testament in Schriften wird von Denen gemacht, die in ihrem Leben ihren letzten Willen Niemand wissen lassen wollen“, von Wichtigkeit sind, weil sie klar beweisen, daß nach dem praktischen Rechte die

C. 29 de testam. (6, 23)

nicht — wie die dabei befindliche Authentica anzudeuten scheint und

Böhmer, de testam. non praelecto, in exercit. ad Pand. T. IV. exerc. 75. §. 43.

glaubt — nur bezüglich auf das Schreiben des Namens des Erben, sondern auch in Hinsicht des mündlichen Benennens desselben als nicht giltig zu betrachten sei, so daß es darauf, ob die zu dem nämlichen Resultate führende

Nov. 119. c. 9

in Deutschland recipirt sei oder nicht, gar nicht weiter ankommt.

Zwei Erwägungen konnten in dieser Lehre die Legislation zu gänzlich verschiedenen Grundsätzen hinführen: das Ziel nämlich, dem letzten Willen objective Gewißheit, und dann das, ihm Verborgenheit bis zum Ableben zu sichern. Justinian hatte früher der ersteren Erwägung das Uebergewicht eingeräumt, bei dem sich freilich das in

C. 29 alleg.

ausgesprochene fast gänzliche Verbot des testamenti per scripturam als zunächst liegendes Mittel empfahl; später in der

Nov. 119 c. 9

siegte wieder die zweite Rücksicht: ohne Zweifel, theils, weil sie der civilrechtlich als Regel anerkannten und uneingeschränkten Freiheit, über das Seinige nach Belieben zu disponiren, mindestens eben so gut zusagt, und theils, weil die Erfahrung gelehrt hatte, daß man durch die wider das Bekanntmachen der Testamente Lebender verhangenen Strafverbote,

vgl. Martin, Criminalrecht §. 203.

keineswegs genugsam gesichert war, — Verbote übrigens, die es deutlich beweisen, daß man auch nicht etwa, mit Hinblick auf die Verpflichtung deutscher Richter zur Verschwiegenheit,

Martin, Lehrb. d. gem. deutsch. bürgerl. Proc. §. 60.

zwischen dem gerichtlichen und außergerichtlichen Testamente einen Unterschied annehmen darf.

Dieser Entscheidung und ihrer Motivirung wurde oberstrichterlich Beifall geschenkt.

Erk. des OAG. zu Jena vom 30. Dec. 1830, i. c. Ros. Gebhardt, geb. Dreßler, w. Wüsthof und Gen.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 273.

Präjudiz 2.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde Folgendes bemerkt:

Der eine Grund der Replik der Kläger, nämlich: daß die Erblasserin geschriebene Schrift nicht habe lesen, mithin auch ein schriftliches Testament, so wie geschehen, um so weniger giltig habe errichten können, da sie auch nur ihre Namensunterschrift zu bewerkstelligen kaum im Stande gewesen, — ist unerheblich, weil so wenig das römische Recht als die aus demselben entnommene Notariatsordnung in Ansehung dieses Punktes zu der Förmlichkeit eines schriftlichen Testaments mehr verlangen als die Unterschrift des Testators, und dasjenige, was in den Gesetzen

C. 21 de testament. (6, 23)

hinsichtlich auf diejenigen verordnet worden, qui literas ignorant, aut subscribere nequeunt, auf solche keine Anwendung leidet, welche das Testament selbst unterschreiben können, indem

a) jene entscheidenden Worte nach ihrer Fassung eine gänzliche, sogar bis auf das Unvermögen das Testament zu unterschreiben sich erstreckende Unfähigkeit des Testators andeuten, mithin keineswegs eine völlige, das Schreiben und geschriebene Schrift Lesen umfassende peritiam literarum des Testators zu Errichtung eines schriftlichen Testaments erfordern, sondern ihn dazu schon mit dem bloßen Vermögen zum Unterschreiben zulassen, wie denn auch

b) bloß zum Unterschreiben des Testaments für den hierzu unvermögenden Testator ein achter Zeuge zugezogen werden soll, also wenn dieses vom Testator selbst geschieht, für den achten Zeugen nichts zu thun übrig, derselbe mithin überflüssig ist; ferner haben

c) für den Fall, wenn der Testator oder statt dessen ein achter Zeuge das Testament bloß unterschrieben, die Gesetze noch eine besondere Maßregel, sich der Uebereinstimmung des Willens des Testators mit dem Inhalte des Testaments zu versichern — wie solches in

C. 8 de testam.

in Ansehung der durch Unterschiebung eines andern Testaments offenbar leichter zu hintergehenden blinden Testatoren geschehen, von welchen daher auf diejenigen, qui subscribere nequeunt, nicht zu schließen ist, — nicht vorgeschrieben; im Gegentheil ist die in dieser Hinsicht in

C. 29 de testamentis, und

§. 4 Inst. de testam. ord. (2, 10)

enthaltene Vorschrift, daß der Testator, welcher das Testament nur unterschreibe, doch den Namen des Erben selbst schreiben, oder den Zeugen bekannt machen solle, sogar in Ansehung dieses Hauptpunktes des Testaments in der

Nov. 119. c. 9

wieder aufgehoben werden. Hiernach, und da zu Aufrechthaltung der Testamente die Vorschriften der Solennitäten eher einschränkend als ausdehnend zu erklären sind, begründet bei schriftlichen Testamenten, eben so wie bei andern Urkunden, bloß die Unterschrift die Authenticität der ganzen Urkunde, und diese steht durch den Beweis, daß der Aussteller geschriebene Schrift nicht habe lesen können, nicht anzufechten.

fr. 8. §. 15 quibus modis pignus solv. (20, 6).

Endlich wird

d) diese Ansicht auch durch die

Nov. Leon. 69,

als durch eine geschichtliche Autorität, unterstützt, und derselben ist selbst der von den Klägern und Appellanten für sich angeführte Thibaut in einer neuern Abhandlung (Archiv für die civil. Praxis Bd. 6. Hft. 2. Nr. 12), abgehend von seiner frühern Meinung, beigetreten.

Erk. des vorm. OAG. in Wolfenbüttel v. 24. April 1827, in S. Remm gegen Wolters, weg. Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 255.

Vergl. Oeffentliches Testament c. 1.

III.

Streitig ist, ob bei schriftlichen Privattestamenten ein wahres Unterschreiben und Untersiegeln erforderlich sei, oder ob den Förmlichkeiten des Testaments Genüge geschehen sei, wenn die Zeugen den Umschlag des Testaments unterschreiben und unter-

siegeln; oder ob sowohl im Testamente als auf dem Umschlage die Unterschriften und Siegel der Zeugen befindlich sein müßten.

Einige meinen, daß das schriftliche Privattestament von dem Testator und den Zeugen nicht nur unterschrieben, sondern auch von den Zeugen auf dem Umschlage unterschrieben und untersiegelt werden müßte. Folgende Gründe werden hierfür angeführt:

1) Es finde sich ein in Ravenna im Jahre 572 errichtetes Testament, in welchem die Zeugen zuerst unterschrieben, und bei dieser Unterschrift den Namen des Erblassers und des Erben genannt, hierauf das Testament zugesiegelt und neben dem Siegel ihre Namen, die Art der Urkunde, den Namen des Erblassers, sowie ihre Eigenschaft als Zeugen bemerkt hätten. In dieser Urkunde befinde sich also eine subscriptio und eine davon verschiedene superscriptio. Offenbar habe man aber im Jahre 572 die römischen Formen besser gekannt als jetzt; man müsse also annehmen, daß in Rom die Unterschrift und Ueberschrift nöthig gewesen sei.

2) Es gebe einige Pandektenstellen, die nur allein von der superscriptio verstanden werden könnten, L. 22. §. 4. L. 30 D. qui test. fac. poss. 28, 1. Die subscriptio sei erst von den spätern Kaisern, und zwar namentlich Theodosius II. eingeführt, Nov. Theod. 9. L. 21 pr. in f. C. 6, 23, also später als die angeführten Stellen, welche ohnehin nur von einem adscribere oder adnotare redeten. Dazu komme, daß „signare" zusiegeln heiße, und eine zugesiegelte Urkunde nicht mehr unterschrieben werden könne.

3) Die Richtigkeit der Ansicht bestätigten zwei, gleichfalls in Ravenna in den Jahren 521 und 552 über die Eröffnung von zwei Privattestamenten aufgenommene Protocolle, aus welchen man erkenne, daß auch bei diesen Testamenten eine subscriptio und eine superscriptio vorgekommen und als wesentlich betrachtet werden solle.

Spangenberg im civil. Archiv Bd. 5. S. 144.
Haubold, spec. jur. Rom. testimoniis de militum honesta miss. illustr. cap. 2. §. 2.
Savigny, Geschichte des röm. R. im Mittelalter Bd. 2. Cap. 12. S. 182.

Andere bestreiten diese Ansicht. Denn wenn auch die in Ravenna aufgefundenen Urkunden vorhanden gewesen seien, so folge daraus nur, daß subscriptio und superscriptio vorgekommen, nicht aber, daß dies nach römischem Rechte nothwendig gewesen sei. Soviel die beiden Stellen in den Pandekten betreffe, so schrieben sie nur vor, daß Siegel und Namen der Zeugen beisammen stehen und daß aus der adnotatio erhellen müsse, wer gesiegelt habe und wessen Testament besiegelt sei. Ob aber diese adnotatio und Besiegelung unter oder auf der Urkunde habe stattfinden müssen, sei nicht vorgeschrieben, und wenn eine superscriptio nothwendig gewesen sei, so hätte dies doch irgendwo deutlicher ausgedrückt sein müssen. Dagegen sei entscheidend, daß in der Verordnung des Kaisers Theodosius II., L. 21 C. de testam., welche doch eine genaue Angabe der Form, welche bei Privattestamenten beobachtet werden solle, enthalte, keine Spur von einer Vorschrift, daß das Testament von den Zeugen unterschrieben und dann nochmals überschrieben werden müßte, angedeutet sei; und endlich werde solche Vorschrift auch in §. 7 der Notariatsordn. Tit. von Testamenten vermißt.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 447.
Mühlenbruch, doctrina P. §. 477.
Bucher, System d. Pand. §. 388.
Vatett, Lehrb. des Pand.-R. §. 967.
Seuffert, Lehrb. §. 525.
Löhr im civ. Archiv Bd. 6. S. 328.
Guyet, Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts S. 29.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 442.
Thibaut, System §. 830.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 566.

Andere meinen, wenn auch im römischen Rechte die subscriptio und superscriptio bestimmt nöthig gewesen, so sei doch für das heutige Recht bei dem veränderten Gebrauche des Siegels, indem dasselbe nur zur Beglaubigung der Unterschrift, nicht aber als Verschlußmittel dienen solle, und nach der Notariatsordn., bloß Unterschrift und Untersiegelung erforderlich; dies könne auch auf dem Umschlage geschehen, vorausgesetzt nur, daß das Couvert entweder durch die Zeugensiegel selbst verschlossen, oder dasselbe schon verschlossen den Zeugen vorgelegt worden sei.

Böhmer, de testam. signato et subscripto.
v. Vangerow, Pand. §. 445.

IV.

Streitig ist, ob der Testator das Testament an jeder beliebigen Stelle unterschreiben dürfe, oder ob die Unterschrift vor der der Zeugen erfolgen müsse.

Einige meinen, es sei gleichviel, an welcher Stelle der Testator unterschreibe, ob „intus" oder „foris"; mithin sei das Testament giltig, wenn es die Zeugen allein unterschrieben und untersiegelt hätten, der Testator aber dasselbe erst nachher auf dem Couvert unterschrieben, oder die Aufschrift gemacht hätte: „Hierin ist mein letzter Wille", und dann diese Aufschrift mit seinem Namen unterschrieben hätte.

C. Manzius, de testamento valido vel invalido tit. 4 qu. 1. Nro. 111 u. 112.
Claproth, von Testam. §. 25. S. 129.

Andere meinen, die Unterschrift des Testators müsse vor der der Zeugen erfolgen. Denn die L. 21 C. de test. verordne, daß der Testator in Gegenwart der versammelten sieben Zeugen erkläre, daß dieses sein Testament sei, welches er ihnen zur Besiegelung und Unterschrift vorlege. Dann solle er es selbst mit eigener Hand unterschreiben. Nun heiße es: Quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere. Dasselbe Gesetz sage, die Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen solle bei Errichtung des schriftlichen Testaments das Letzte sein, womit die Feierlichkeit der Handlung sich endige. Daß der Testator zuerst und die Zeugen zuletzt unterschrieben, habe auch einen vernünftigen Grund, weil nämlich auf ihrem Zeugnisse die Giltigkeit des ganzen Geschäfts beruhe, und ein solches Zeugniß unmöglich sei, wenn der Testator das Testament noch nicht unterschrieben habe. Auch die Notariatsordnung stimme hiermit überein, wenn es Tit.

von Testamenten §. 7 heiße, daß der Testator vor den versammelten sieben Zeugen zuvörderst ausdrücklich erkläre, daß die Schrift, so er den Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung darlege, sein Testament sei, und vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreibe; alsdann desselbigen Tages und Zeit — durch die sieben Zeugen mit eigenen Händen unterschrieben und ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werde.

> Hübner, disput. jur. civ. lib. 1. c. 4. p. 63 sq.
> Marezoll, Bemerkungen über einzelne Fragen des Civilrechts im Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgebung von Grolmann und Löhr Bd. 4. Nr. 11. §. 2. S. 166 f.
> Glück, Pand. Bd. 34. S. 466.
> Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 29 f.
> Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 789.

Präjudiz 1.

Glück in der Erläuterung der Pand. Bd. 34. S. 466 lehrt: es sei wesentlich nothwendig, daß der Testator in dem Falle, da seine Unterschrift nöthig ist, noch vor den Zeugen unterschreibe, und beruft sich hierfür darauf:

1) Die const. 21 de testam. (6, 23) verordne ausdrücklich, daß der Testator in Gegenwart der versammelten sieben Zeugen erkläre, daß dieses sein Testament sei, welches er ihnen zur Besiegelung und Unterschrift vorlege, worauf er es selbst vor den Zeugen mit eigener Hand in dem übrigen Theile des Testaments unterschreiben solle, und nun heiße es: Quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere.

2) Dasselbe Gesetz sage, die Unterschriften und Untersiegelungen der Zeugen sollen bei Errichtung eines schriftlichen Testaments das Letzte sein, womit sich die Feierlichkeit der Handlung endiget. („Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus.")

3) Daß der Testator selbst zuerst und die Zeugen zuletzt unterschreiben, habe auch einen ganz vernünftigen Grund, welcher darin liege, daß auf ihrem Zeugniß die Giltigkeit des ganzen Geschäftes beruhe.

4) Hiermit stimme endlich auch die Notariatsordnung Maximilian's I. vom Jahre 1512 Tit. von Testamenten §. 7 überein, wo es heiße: „daß der Testator vor den versammelten sieben Zeugen zuvörderst ausdrücklich erkläre, daß die Schrift, so er den Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung darlegt, sein Testament sei, und vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreibe; alsdann desselbigen Tages und Zeit — durch die sieben Zeugen mit eigenen Händen unterschrieben und ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werde:"

Gegen diese Ansicht wurde bei der oberstrichterlichen Beurtheilung eines Falles von folgenden Grundsätzen ausgegangen: Zur Giltigkeit eines schriftlichen Privattestamentes, welches der Testator nicht selbst geschrieben, sondern nur unterschrieben hat, fordern die Gesetze und zwar bei Testamentsungiltigkeit:

a) die Beiziehung von sieben Zeugen, so wie nicht nur deren Unterschrift, sondern auch deren Siegelung;

b) daß der Testator das Testament als das seinige anerkenne und zwar entweder durch Recognoscirung seiner vorher schon beigefügten Namensunterschrift oder durch Unterzeichnung desselben in Gegenwart der sieben Zeugen; endlich

c) daß dieses als ununterbrochen in einem Acte geschehe.

Ist nun auch bei einem solchen Testamente, welches, wie das in Frage stehende, vor der Ankunft der Zeugen von dem Testator noch nicht unterzeichnet war — die gewöhnliche Reihenfolge der Namensunterschriften dem Raume und der Zeit nach diese, daß zuvor ebenso die testirende Person ihren Namen hinschreibt und sodann erst ein Zeuge nach dem andern darunter sich unterschreibt, sofort die Siegel der Zeugen beigedruckt werden: so besteht doch kein Gesetz, welches für jede Abweichung von dieser nicht nur bei Testamenten, sondern auch bei andern schriftlichen Urkunden gewöhnlichen Ordnung die Ungiltigkeit des Testamentsactes ausspricht, weil hierdurch die gesetzlich nothwendige unitas actus testamenti nicht gestört wird.

Wenn daher auch die Zeugenunterschrift, wie die Kläger insbesondere hinsichtlich des ersten Zeugen N. behaupten, schon geschehen war, ehe noch der Testator unterschrieben hatte, so ergibt sich hierdurch keineswegs eine Ungiltigkeit des Testamentes: sobald alle sieben Zeugen nur noch bei der Unterzeichnung des Testators gegenwärtig waren.

> Erk. des OAG. zu München vom 23. Oct. 1852, N. R. 187. 1851/52.
> Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 50.

Vergl. hereditatis petitio c. 24 die Präj. 3 und 4 aus der Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschweig.

V.

Streitig ist, ob die Angabe der Zeit, also die Beifügung des Datums, bei gewöhnlichen Privattestamenten erforderlich sei.

Einige meinen, daß nach römischem Rechte bei einem jeden Testamente die Angabe der Zeit, wann es gemacht worden, wesentlich nöthig sei. Man beruft sich auf L. 2. §. 6 D. Testam. quemadmodum aperiant. und L. 3 C. eod. Auch sei dieses Erforderniß natürlich, weil die Regel bestehe: prius testamentum rumpitur per posterius, §. 2 Inst. quibus modis testam. inf. Sei nun aber dem Testamente kein Datum beigefügt, so könne man ja nicht wissen, welches von mehreren Testamenten das frühere und welches das spätere sei; es könne also nach der Regel: paganus cum duobus testamentis decedere nequit, keines gelten. Auch sei zur Beurtheilung der Aechtheit des Testaments die Beifügung des Datums nützlich. Ferner sollten nach L. 4 C. de div. rescript. die kaiserlichen Constitutionen sine die et consule nicht giltig sein; dies müsse auch von Testamenten als legibus privatis gelten. Wenn endlich Justinian in der Nov. 107. c. 1 bei dem Testamente der Eltern unter Kindern die Beifügung des Datums verlange, so müsse solche Vorschrift auch bei den nicht privilegirten Testamenten gelten, weil diese doch nicht geringerer Formalitäten als privilegierte Testamente bedürften.

> Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. c. 4 membr. 3. §. 22.
> und die in Glück's Pand. Bd. 34. S. 472. Not. 54 aufgeführten ältern Rechtslehrer.

Andere unterscheiden, ob der Erblasser nur Ein Testament oder mehrere errichtet habe, welche nach seinem Tode vorgebracht werden; im ersten Falle sei die Beifügung des Datums willkürlich, im zweiten aber nothwendig, aus den oben angeführten Gründen.

> Manzius, de test. valido vel invalido tit. 4. qu. 3. Nro. 7—9.
> Gothofredus, Comm. ad L. 3 C. Th. de testam. T. I. p. 388.

Andere meinen, die Hinzufügung des Datums sei nicht wesentlich erforderlich. Denn in der citirten L. 2. §. 6 D. Testam. quemadmod. aper. und L. 3 C. eod. sei die Beifügung des Datums nicht vorgeschrieben, sondern nur bemerkt, daß man, so wie solches auch jetzt geschehe, das Datum beizufügen pflege. Die L. 4 C. de div. rescr. lasse eine Ausdehnung auf Testamente nicht zu, zumal auch bei Entstehung von Obligationsrechten der Mangel des Datums einer etwa errichteten Urkunde ihre Giltigkeit nicht nehme. Die Nov. 107. c. 1 handle endlich nur von einer speciellen Art von

Testamenten, welche, als Ausnahme, nur die entgegenstehende Regel bei andern Privattestamenten bestärke.

Westphal, von Testam. §. 217.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 468 f.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 660. Not. 10.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 790.

VI.

Soviel die Einheit der Handlung betrifft, so gestattet die Notariatsordnung §. 7 nothwendige Zwischenhandlungen und Unterbrechungen, welche den körperlichen Zustand und die Leibesnothdurft des Testirers und der Zeugen betreffen.

Streitig ist nun, ob dies auf die Worte des Gesetzes zu beschränken sei.

Einige bejahen dies, weil die Notariatsordn. etwas Besonderes, eine Art Privilegium für gewisse Umstände, im Verhältnisse zu dem früher geltenden strengern Principe anführe, welches nach Justinian's Gesetzgebung als correctorisches Gesetz keine Ausdehnung zulasse.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 4. S. 92.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 775.
v. Vangerow, Pand. §. 44.
Thibaut, System §. 829.

Andere lassen eine Ausdehnung desjenigen, was Justinian und die Notariatsordnung lediglich von der Leibesnothdurft bestimme, auf andere Zufälle und unvermeidliche Ereignisse zu.

Voet, Comm. ad P. 28. 1. §. 4.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1261.
Seuffert, Lehrbuch §. 524.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 447.

Vergl.

Sell, Jahrbücher Bd. 3. Nr. 1. S. 1—30.

Ueber Einheit des Tages s. Codicille c. 11.

Präjudiz 1.

In Beziehung auf ein mündliches Testament wurde angenommen, daß eine Bewirthung der Testamentszeugen mit Getränk nur unter der Voraussetzung erheblich sei, daß dadurch der eigentliche Act des Testirens unterbrochen worden, wohingegen es der Giltigkeit keinen Eintrag thue, wenn vor oder nach der Willenserklärung und während der Abfassung des schriftlichen Aufsatzes eine solche Bewirthung stattgefunden hat. Eine Unterbrechung des Acts liegt allerdings vor, wo während der bereits begonnenen Testamentshandlung eine bis dahin im Zimmer nicht anwesende Person als Zeuge sich den übrigen Zeugen beigesellt hat. Wenn jedoch der Testirer nach dem Eintritt dieses Zeugen den Anwesenden von neuem und vollständig seine letzte Willensbestimmung erklärt, so ist damit der Testamentsact abermals vollzogen, eben hierdurch aber die durch die gedachte Unterbrechung herbeigeführte Ungiltigkeit des vorausgegangenen Acts unerheblich.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 4.

VII.

Streitig ist, von welchem Momente die sogen. unitas actus beginne.

Einige meinen, die unitas actus beginne mit der Rogation der Zeugen, so daß also, sobald diese erfolgt war, alle späteren Unterbrechungen die Giltigkeit des Testaments hinderten.

Seuffert, Lehrb. §. 525. Not. 17.

Andere meinen, bei schriftlichen Testamenten beginne der Act mit dem Vorweisen der Testamentsurkunde (L. 21 pr. C. 6, 23) von Seiten des Testirers an die Zeugen und mit der Erklärung des Testirers, daß diese Urkunde seinen letzten Willen enthalte. Hierauf unterschreibe der Testirer und lege den Zeugen die Urkunde zum Unterschreiben vor. Vollendet sei der Act, sobald der letzte Zeuge unterschrieben und untersiegelt habe. Beim mündlichen Testamente bestehe der Anfang des Testiracts in dem begonnenen Aussprechen des letzten Willens, und vollendet sei der Act, sobald der Testirer mit seiner letztwilligen mündlichen Erklärung fertig sei. L. 26 C. 6, 23.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 4. S. 98.
Marezoll in Grolmann u. Löhr's Magaz. f. Rechtswissensch. und Gesetzgeb. Bd. 4. S. 169 f.

Vergl. hereditatis petitio c. 24 die Präj. 3 und 4 aus der Zeitschrift für Rechtspfl. für Braunschweig.

VIII.

Wenn der Testator überhaupt oder wenigstens zur Zeit der Testamentserrichtung nicht schreiben kann, so soll ein achter subscriptor, statt seiner, zugezogen werden. L. 21 pr. L. 28 C. de testam. 6, 23.

Streitig ist, ob nach der Notariatsordnung diese Vorschrift auch auf den Fall des „Nichtwollens" bezogen werden darf.

Einige nehmen dies an, wegen der Worte in §. 7 der Notariatsordnung, wo es heißt: „wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht."

Carpzov, P. II. decis. 147.

Andere meinen, jene Ansicht sei irrig. Das Wort „mögen" habe in der ältern Sprache, und namentlich nach dem Sprachgebrauche der Notariatsordnung, regelmäßig die Bedeutung von „vermögen", also „können", und in den fraglichen Worten: „oder alsdann nicht möcht", sei nur der Fall gemeint, wenn der Testator am Schreiben verhindert war, sei es durch Krankheit, Schwäche oder Lähmung der Hand, während durch die Worte: „oder nicht schreiben könnt", der Fall bezeichnet werde, wenn der Testator des Schreibens unkundig sei. Denn die Notariatsordnung a. a. O. enthalte nur eine Uebersetzung der Worte der L. 21 C. 6, 23: „Quodsi testator literas ignoret, vel subscribere nequeat." Daß die Notariatsordnung etwas Neues und vom römischen Rechte Abweichendes habe bestimmen wollen, sei nach dem Geiste des Gesetzes nicht anzunehmen.

Gesterding, Nachforsch. Bd. 1. S. 342.
Sell, Versuche Bd. 1. S. 218.
v. Vangerow, Pand. §. 445.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 567.

IX.

Kann der Testator nicht schreiben, so soll außer den sieben Zeugen noch eine achte Person zugezogen werden, welche das Testament unterschreibt.

Streitig ist nun, ob diese achte Person die Erfordernisse eines Testamentszeugen haben müsse.

Einige verneinen dies, weil die L. 21 pr. C. 6, 23 nicht einen achten Zeugen, sondern einen octavus subscriptor verlange, was von dem octavus testis, in Bezug auf die nöthigen Eigenschaften dieser Person als Zeugen, wesentlich verschieden sei.

Konopack, Instit. §. 344. Not. 1.
v. Vangerow, Pand. §. 445.

Andere meinen, diese achte Person müsse sämmtliche Eigenschaften der Testamentszeugen haben. Denn die Notariatsordnung §. 7 nenne die achte, noch zuzuziehende Person einen anderen achten Zeugen, und darnach sei auch anzunehmen, daß diese Person die Eigenschaften eines Testamentszeugen haben müsse.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 781.
Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 11.
Puchta, Lehrb. §. 466. Not. g.

Präjudiz 1.

Das Testament eines Schriftunkundigen wurde um deswillen als nichtig angefochten, weil der zugezogene achte Zeuge seiner Namensunterschrift kein Siegel beigedrückt hatte. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde aus folgenden Motiven verworfen.

Es ist allerdings richtig, daß ein jeder der zugezogenen sieben Testamentszeugen das Testament nicht nur unterzeichnen, sondern auch besiegeln muß.

Fr. 22. §. 4 qui testam. fac. (28, 1).

Allein hier handelt es sich nicht um einen der sieben Testamentszeugen, sondern um den außer diesen als erbetenen Zeugen beigezogenen N., welcher das Handzeichen der Testatrix durch seine Namensunterschrift bestätigte.

Wenn nun auch, wie

Puchta, Pand. 2. Ausg. §. 466. Not. g.

gegen

v. Vangerow, Leitfaden §. 445.

bemerkt, aus dem in Const. 21. 28 de testam. (6, 23) vorkommenden Ausdruck subscriptoe nicht der Schluß zu ziehen ist, daß diese achte Person nicht die Eigenschaft eines Zeugen zu haben brauche, da der Gesetzgeber sicher nicht bloß um einen Namen mehr unter dem Testament zu haben, die Vorschrift erlossen, so ergibt sich doch daraus, daß die Unterschrift dieses octavus subscriptoe jene des Testators vertreten, daß er in Hinsicht auf die Namensunterschrift die Stelle des Testators übernehmen soll,

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Th. 1. S. 344.

die Folgerung, daß, sowenig der Testator selbst seiner Namensunterschrift ein Siegel beizusetzen gehalten ist, ebensowenig dieses bezüglich seines Stellvertreters, des octavus subscriptor erforderlich sei.

Dies ergibt sich auch aus der Notarialsordnung vom Jahre 1512 II. §. 7, als welche gleichfalls des Erfordernisses der Beidrückung des Siegels in diesem Falle nicht erwähnt. Aus den Worten der Const. 21 cit.: eadem servari decrevimus läßt sich für die gegentheilige Argumentation nichts ableiten, weil sich dieselben nur auf den unmittelbar vorausgegangenen Satz beziehen: nec ideo infirmari, quad testes nesciant, quae in eo sunt scripta testamento.

Thibaut, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 6 S. 233.
Erk. des OAG. zu München vom 29. Juli 1850, N. R. 1237. 49/50.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 62.

X.

Wenn der Testator nicht schreiben kann und es wird ein achter Zeuge zugezogen, so streitet man, was es heiße: der achte Zeuge unterschreibe für den Testator.

Einige meinen, es sei natürlich, daß er nur den Namen des Testators unterschreibe, dessen Stelle er vertreten solle. Denn eben weil er der achte Zeuge sei, so bedürfe es seiner eigenen Namensunterschrift nicht. Der Zeuge solle die Stelle des Testators vertreten und diejenige Handlung verrichten, die der Testator selbst hätte vornehmen müssen; der Name des Testators müsse aber unter dem Testamente stehen, sonst würde das Testament, aus Mangel der Unterschrift desselben, ungiltig sein. Da nun der Testator selbst nicht schreiben könne, so müsse ein Anderer an seiner Statt seinen — des Testators — Namen unterschreiben; im entgegengesetzten Falle, wenn der Zeuge seinen eigenen Namen unterschrieben, würde man denken müssen, daß er es sei, der das Testament gemacht habe. Auch sei eine Analogie aus L. ult. C. de testam. zu entnehmen, wo bei einem auf dem Lande zu errichtenden Testamente ein Zeuge für den anderen unterschreiben könne.

Gesterding, Nachforsch. Bd. 1. S. 342.
Mackeldey, Lehrbuch §. 641.
Walett, Lehrb. des Pand.-R. §. 967.

Andere meinen, daß der octavus subscriptor gerade darum, weil er der achte Zeuge sei, seinen eigenen Namen unterschreiben müsse, mit der Bemerkung, daß er dieses statt des Testators thue. Diese Ansicht habe schon nach römischem Rechte das für sich, daß überhaupt jeder einzelne Testamentszeuge bei dem schriftlichen Testamente eigenhändig bemerken müsse, wer gesiegelt und wessen Testament er gesiegelt habe, also seinen Namen schreiben und bemerken müsse, daß er des bestimmten Testators Testament besiegelt habe. L. 30 D. 28, 1. Außer Zweifel werde dies durch die Notariatsordnung gesetzt, welche vorschreibe: oder **wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht, durch eines anderen achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren** an einem Orte des Testaments **unterschreiben lasse.**

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 781.
Sell, Versuche Bd. 1. S. 222.
v. Vangerow, Pand. §. 445.
Höpfner, Instit. §. 446.
Schweppe, röm. P.-R. §. 818.
Bucher, System der Pand. §. 389.
Hartitzsch, Erbrecht §. 59.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 406 f.

Siehe das Präj. zu C. 9.

XI.

Streitig ist, ob die mit geführter Hand geschehene Unterschrift eines Testators, welcher wegen Alters oder Krankheit u.s.w. selbstständig nicht schreiben kann, die Wirkung einer eigenhändigen Unterschrift habe.

Einige meinen, solches Testament sei nichtig. Denn die Gesetze schrieben ausdrücklich vor, daß der Testator das Testament sua manu, mit eigener Hand unterschreibe; eine geführte Hand sei aber keine eigene, sondern eine fremde Hand. Sodann sei in solchem Falle gesetzlich verordnet, daß die Zuziehung eines achten Zeugen erfolgen müsse, welcher statt des Testators zu unterschreiben habe. L. 21 C. 6, 23.

Thibaut, System §. 830. Not. h.
Glück, Pand. Bd. 34.
Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pand.-R. §. 525. Not. 2.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 784.
Sintenis, Civilrecht §. 169. Not. 11.

Andere meinen, obgleich man, streng genommen, einen achten Zeugen hätte zuziehen müssen, so sei doch bei beschränkter Fähigkeit des Testators, seinen Namen zu schreiben, die Ungiltigkeit des Testaments nicht auszusprechen, wenn, statt einen achten Zeugen unter-

schreiben zu lassen, die Hand des Testators behufs seiner Namensunterschrift geführt worden sei. Denn die Testamente seien dergestalt begünstigt, daß das aequum et bonum obenan stehe, L. 17 D. 28, 3, weshalb auch bei einem testamentum ruri conditum zugelassen werde, daß ein Zeuge für einen anderen des Lesens und Schreibens Unerfahrenen unterschreiben dürfe. Und so werde auch in der Praxis erkannt. Siehe z. B. die Entscheidung des Obertribunals zu Berlin in Hagemann und Günther's Archiv für theoret. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit Th. 2. S. 48.

Mencken, Pand. 28. 1. §. 13 u. 14.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 4. not. 2.
Hommel, rhapsod. obs. 877.
Madihn, princ. jur. Rom. de successione. §. 69.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 567.

XII.

Streitig ist, ob eine Untersiegelung des Testators nöthig sei.

Einige meinen, der Testator müsse das Testament stets untersiegeln.

Madihn, princ. jur. Rom. de successione. §. 69.

Andere meinen, eine solche Untersiegelung sei nicht nöthig, da kein Gesetz dieselbe verlange.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 416.
Valett, Lehrb. des prakt. P.-R. §. 967.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 61.

XIII.

Streitig ist, ob ein Privattestament gelte, welches der Testator nicht in Gegenwart der Zeugen unterschrieben hat, wenn er nur vor den Zeugen erkläre, daß es seine Unterschrift sei, die sich unter dem Testamente befindet.

Einige hatten solches Testament für giltig. Denn es würde hart sein, wegen Unterlassung dieser geringen Solennität das ganze Testament für nichtig zu erklären. Die L. 15 C. de test. besage: Indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, und nach L. 183 de reg. jur. sei die Billigkeit der strengen Rechtsform vorzuziehen.

Leyser, sp. 355. med. 5.

Andere meinen, nach den klaren Bestimmungen des römischen Rechtes und der Reichsgesetzgebung müsse der Testator das Testament in Gegenwart der vor ihm versammelten sieben Zeugen mit der Erklärung unterschreiben, daß die vorliegende Urkunde seinen letzten Willen enthalte. Die L. 15 C. cit. wolle bloß das Formelwesen des Alterthums bei der Erbeinsetzung aufheben.

Westphal, von Testamenten §. 227.
Glück, Pand. Bd 34. S. 417.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 783.

Präjudiz 1.

Da die Unterzeichnung des schriftlichen Testaments im Beisein der Zeugen zu der nothwendigen Form gehört, und nur unter der Voraussetzung, daß über deren Wahrung kein Zweifel obwaltet, die Unterschrift der Zeugen eine genügende Beglaubigung der Unterschrift des Testators enthält, so muß, wenn die Zeugen, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen, nicht ausdrücklich bescheinigt haben, dieser Umstand besonders bewiesen werden.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 11. März 1835.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 3.

XIV.

Streitig ist, ob die Zeugen bei der Unterschrift des Testaments ausdrücklich beifügen müssen: „als Testamentszeuge."

Einige bejahen dies. Denn die L. 30 D. qui test. fac. poss. 28, 1 verordne: Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit; dies bedeute, daß die Zeugen bei der Unterschrift bemerken müßten, wer sie seien und wessen Testament sie unterschrieben hätten.

Donellus, Comm. de jure civ. lib. 6. cap. 8. §. 3.
Stryk, de caut. test. cap. 15. §. 38.

Andere meinen, theils sei der Ausdruck in L. 30 cit. „convenit" mit „debet" nicht gleichbedeutend, theils lasse die Notariatsordnung die bloße Namensunterschrift der Zeugen genügen, und müsse deshalb heutzutage die einfache Namensunterschrift der Zeugen genügen.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 424.
Höpfner, Instit. §. 447. Not. 1.
Claproth, von Testamenten §. 25.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 967.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 60.

Präjudiz 1.

Zur Giltigkeit eines Privattestamentes wird nicht erfordert, daß die Zeugen ihre Eigenschaft als solche und ihren Stand der Unterschrift beifügen.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 7. Januar 1842, in S. Joh. Meißel's Intestat- w. Testamentserben.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 220.

XV.

Streitig ist, ob, wenn nicht jeder Zeuge ein Petschaft zur Stelle gebracht hat, von solchen Zeugen das Petschaft des Testators oder eines anderen Zeugen genommen werden müsse.

Einige meinen, es dürfe nur das Petschaft eines Zeugen genommen werden.

Sell, Versuche Bd. 1. S. 225.

Andere meinen, sowohl nach römischem Rechte, §. 5 Inst. 2, 10. L. 22. §. 2 u. 5 D. 28, 1, als auch nach der Notariatsordnung §. 1. 7 und 10 dürfe auch das Petschaft des Testators von dem Zeugen gebraucht werden.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 445.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 789.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 430.
Thibaut, System §. 830.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 447.
Schweppe, röm. P.-R. §. 816.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 660.

Vgl. hereditatis petitio Contr. 24 die Präj. 3 u. 4 aus der Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschweig.

XVI.

Ueber die formelle Giltigkeit der im Auslande errichteten letztwilligen Verfügungen entnehmen wir aus der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen N. F. Bd. 14. H. 1. Nr. 4. S. 39 Folgendes:

Präjudiz 1.

Die beiden Bl... ersichtlichen Verfügungen der am 12. October 1848 zu Dresden verstorbenen Marie Auguste Elisa-

beth N., geborenen van G., von denen die erstere van der Ausstellerin als ein Testament, die zweite als ein Codicill prädicirt worden ist, sind resp. am 23. Februar 1836 und am 12. Juli 1836 in Breslau, als dem damaligen Aufenthaltsorte der gedachten Erblasserin, verfaßt, die für ein Testament ausgegebene Niederschrift ist am 24. Februar 1836 bei dem Stadtgerichte zu Breslau deponirt, das Codicill dagegen einer Privatperson, dem Oberforstmeister v. E. zu Breslau, zur Aufbewahrung übergeben worden. Eine zweite codicillarische Verfügung ist unterm 31. October 1839 zu Dresden, wohin sich immittelst die N.'schen Eheleute gewendet, abgefaßt oder doch mindestens vallendet und nach einer bei Publication der beiden Vt... anzutreffenden Schriften van dem Mitbeklagten am dritten Theile dem Stadtgerichte zu Breslau erstatteten Anzeige in der Chatulle der Verstorbenen offen vorgefunden worden.

Sowohl in erster, als in zweiter Instanz ist man davon ausgegangen, daß die in Breslau errichteten und hinterlegten letztwilligen Verordnungen nach königl. preußischem Rechte zu beurtheilen seien.

Dieser Ansicht muß auch das Oberappellationsgericht seinen Beifall geben. Die Errichtung der Codicille in Preußen geht aus der Klagbeifuge sub A. genugsam hervar, und ist auch vom Kläger gar nicht bestritten worden, im Gegentheile hat derselbe selbst erwähnt, daß die verstorbene N. eine Ausländerin und ihr Vermögen ein ausländisches sei, dieselbe aber seit einer Reihe von mehr als 10 Jahren vor ihrem Tode nach Dresden sich gewendet und dort ihren Aufenthalt genammen habe. Der Grundsatz also, daß in Bezug auf die formelle Giltigkeit ihrer letztwilligen Verfügungen die Gesetze des Ortes als maßgebend betrachtet werden müssen, wo diese Verfügungen getroffen worden sind, muß hier umsomehr Platz greifen, als derselbe insbesondere noch in der zwischen dem königl. sächsischen und königl. preußischen Staate getroffenen Convention vom 30. November 1839 Art. 33 ausdrücklich anerkannt worden ist.

Urthel des OAG. zu Dresden vom Manat September 1854, in S. des Actors der Gravert'schen Stiftung w. den für den Nachlaß Marien Augusten Elisabeth Naß, geb. v. Gravert, bestellten Vertreter.

XVII.

Ueber Schreibfehler im letzten Willen spricht sich ein Erkenntniß des Cassations- und Revisionshofes zu Berlin vom 30. October 1843 folgendermaßen aus:

Präjudiz 1.

Nach C. 7 de testam. (6, 23) ist es dem Richter gestattet, auf den Grund einer vorhergegangenen genauern Prüfung aus erheblichen Gründen einen bei Niederschreibung einer testamentarischen Disposition offenbar eingeschlichenen Schreibfehler zu rectificiren.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 199.

C. Deren Beweis.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 6 f. Bd. 43. S. 371.
Sintenis, Civilrecht §. 190. Nat. 8.
Glück, de testam. priv. solenni probatione, in opusc. fasc. 1. Nro. 1.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 804.

1.

Wenn ein außergerichtlich errichtetes schriftliches Testament verloren gegangen ist, so streitet man, ob andere Beweise für die Existenz und den Inhalt des Testaments zulässig seien.

Einige meinen, wenn der letzte Wille nicht mehr existirt, es lasse sich aber dessen Inhalt und die Richtigkeit der gesetzlichen Erforderniße dennoch vollkommen beweisen, so reiche dieses hin, selbst wenn die Testamentsurkunde vor dem Tode des Testirers zu Grunde gegangen wäre. L. 1. §. 3 D. 28, 4. L. 10. §. 2 D. 29, 3. L. 1. §. 3 D. 27, 2. L. 6 C. 6, 23.

Pufendorf, obs. jur. un. T. I. obs. 138.
Glück, de test. priv. sol. prob., in opusc. fasc. I. Nro. 1. §. 8 et 9.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 804.

Andere meinen, Privattestamente könnten dann nicht durch zwei Zeugen bewiesen werden, wenn mehr Zeugen bei der Testamentserrichtung hätten gegenwärtig sein müssen, sondern die sämmtlichen Zeugen müßten bei dem schriftlichen Testamente ihre Unterschrift recognosciren; wenn es jedoch ausgemacht sei, daß ein schriftliches Testament zur Zeit des Todes des Erblassers existirt habe, welches nachher zu Grunde gegangen sei, so gebe der Prätor dem, welcher nach allgemeinen Grundsätzen den Inhalt desselben beweise, bonor. possess. sec. tabul. Man stützt sich auf L. un. D. si tab. test. 37, 2. L. 1. §. 3 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11.

Thibaut, System §. 891.

Hiergegen wird erinnert, es gehöre zu den Eigenheiten des älteren Rechtes, daß der letzte Wille zum Zwecke der bonorum possessio zur Zeit des Todes des Testirers noch vorhanden gewesen sein müsse; heutzutage werde zwischen dem einen und anderen Falle kein weiterer Unterschied stattfinden, als daß den gesetzlichen Erben gegen den, welcher auf ein Testament, welches schon vor dem Tode des Testirers abhanden gekommen sei, Erbansprüche gründen wolle, der Beweis, daß der Testirer von dessen Untergang Kenntniß gehabt habe, nachgelassen werden müsse. Vgl. Nov. 78. c. 7 pr. L. 1. §. 3 de his quae ex test. del.

Schweppe, röm. Pr.-R. §. 804. S. 87.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 637.
Hagemann und Günther's Archiv Bd. 2. S. 73.
Böhmer, auserl. Rechtsf. Bd. 2. Abth. 1. Nr. 103
Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 8.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 417.

Andere meinen, wenn das schriftliche Privattestament verloren gegangen sei, so werde, wenn dessen Inhalt nur bewiesen werden könne, dasselbe als mündliches aufrecht erhalten.

Sande, dec. lib. 4. tit. 1. d. 1 in pr.
Pistor, tust. qu. 2. Nro. 10 et 11.

Andere meinen, die letzte Ansicht streite wider die Gesetze. L. 21 C. de testam. L. 17 C. eod.

Huber ad tit. Inst. de test. ord. §. fin.
Cocceji, jus civ. lib. 28. tit. 1. §. 17.
Hagemann und Günther's Archiv für Rechtsgelehrsamkeit Th. 5. S. 26.

Präjudiz 1.

In den Motiven einer Entscheidung des OAG. zu Lübeck (1846) kömmt hierüber vor: Zwar ist es eine bekannte Streitfrage, ob der Beweis eines letzten Willens schon durch zwei Zeugen geführt werden könne, aber sämmtliche bei dessen Errichtung adhibirte Zeugen hierzu nöthig seien? Es haben sich jedoch die überwiegende Mehrzahl der Praktiker und der Gerichtsgebrauch entschieden für die erstere Meinung erklärt.

Leyser, med. ad Pand. spec. 354. Nro. 4.
Carpzov, jurispr. for. p. 3. const. 3. def. 41.
Mevii decis. P. 4. dec. 13.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 359.

Präjudiz 2.

Wenn Kläger der Meinung zu sein scheint, daß zur Begründung der Ansprüche des Verklagten das Vorhandensein des die letztwillige Verfügung enthaltenden Documents zur Zeit des Todes seiner Ehefrau nothwendig erforderlich sei, so ist dies nicht richtig. Die Formen und Voraussetzungen, unter welchen eine bonorum possessio secundum tabulas ertheilt werden konnte, kommen im vorliegenden Falle nicht in Betracht; dagegen bleibt ein ohne Willen des Disponenten erfolgter Untergang des die Verfügung enthaltenden Documents ohne Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit der Verfügung.

L. 1. §. 3 D. de his quae in test. del. (28, 4).

Würde aber auch Verklagter aus dem fraglichen Testamente nur insoweit Rechte herleiten können, als die in demselben zu seinen Gunsten enthaltenen Dispositionen nicht auf giltige Weise von seiner verstorbenen Ehefrau zurückgenommen sind, so würde dennoch für die Fortdauer einer in gesetzlicher Form errichteten Verfügung bis dahin die Vermuthung streiten, daß Kläger entgegengesetzte Thatsachen, z. B. eine zur Aufhebung der Disposition geeignete Vernichtung des Documents oder dessen Zurücknahme aus dem gerichtlichen Deposito gegenbeweislich darzuthun vermag. Freilich würde der Beweis der Behauptungen des Verklagten am natürlichsten durch Production des Testaments selbst erbracht werden, und es muß der Beweisinstanz die Beurtheilung vorbehalten bleiben, inwiefern die nicht erfolgende Production des Testaments andere Beweismittel verdächtig machen, dieserhalb aber die Nachweisung der Ursache, weshalb die Production unterbleibt, nothwendig oder zweckmäßig werden kann. Für jetzt aber kann es dem Verklagten weder nachtheilig werden, daß er das Testament nicht beigebracht, noch daß er den Grund, warum die Beibringung unterblieb, nicht angeführt habe, und obwohl jedenfalls aus den Vorträgen des Verklagten, insbesondere der Rechtfertigungsschrift, auch die Behauptung, daß seine Ehefrau ohne Zurücknahme der fraglichen Disposition verstorben sei, hervorgehen würde, so kann dennoch der ihm aufzuerlegende Beweis nur die Errichtung des Testaments in gesetzlicher Form umfassen.

Ert. des LG. zu Wolfenbüttel vom 31. März 1840, in S. Weinschenk w. Capelle.

Präjudiz 3.

Es gehört zu dem Beweise eines feierlichen schriftlichen Testaments auch die Nachweisung aller Formalien, namentlich daß die unter dem Testamente genannten Testamentszeugen dasselbe unterschrieben und untersiegelt haben, und dazu speciell rogirt gewesen seien; denn bei dem Beweise eines solchen Testaments, wenn dessen Vorhandensein geleugnet ist, kommt es nicht bloß auf die äußere Existenz einer anscheinend formrichtigen Urkunde, sondern auch auf solche innere Förmlichkeiten und Erfordernisse an, deren richtige Erkennung nicht durch bloßen Augenschein der äußerlich fehlerfreien Urkunde geschehen kann. Letzte mag nach der

C. 3 de edicto D. Hadriani tollendo (6, 33)

da genügen, wo es auf vorläufige Besitzeinweisung des eingesetzten Erben in den öffentlichen Nachlaß ankommt, wenigstens zunächst bloß dieser provisorische Zustand bezweckt wird; allein dies kann nicht in gleicher Weise bei einem petitorischen Rechtsstreite über das Erbrecht selbst, wie solcher bei der actio familiae herciscundae mit zum Grunde liegt, gelten; hier reicht die Vorlegung einer dem äußern Anscheine nach fehlerfreien Urkunde nicht aus, sondern es müssen auch die innern Erfordernisse ihrer Giltigkeit, wenn solche, wie hier, nicht eingeräumt sind, bewiesen werden,

Weber, Beweisführung S. 278 u. 279.

Borst, über die Beweislast §. 69 u. 70.

und dieses konnte im vorliegenden Falle umsoweniger Zweifel haben, als der Beklagtin der Beweis eines rechtsförmlichen Testaments ausdrücklich auferlegt ist.

Zu den Rechtsförmlichkeiten eines solennen Testaments gehört aber vor Allem die Zuziehung, Unterschrift und Untersiegelung der sieben Testamentszeugen, welche daher auch mit zu beweisen gewesen wären.

. . . .

Nach römischem Rechte gehört es selbst zu den Publicationsförmlichkeiten eines Testaments, daß die Zeugen bei der Eröffnung eines Testaments, um ihre Unterschriften anzuerkennen und dadurch die Errichtung desselben zu bestätigen, zugezogen werden,

fr. 4—7 testam. quemadmodum aperiantur (29, 3).

Schweppe, röm. Recht §. 804.

Glück, Commentar Bd. 7. S. 503.

Puchta, von freiwilligen Gerichtshandl. Bd. 2. §. 13 a. E.

und da Kläger die Unterschriften der Zeugen als dritter Personen nicht recognosciren konnte, wenigstens solches nicht beachte, und es auch nicht gethan hat, so hätte Beklagtin für diese Recognition durch die Zeugen selbst sorgen müssen, denn bis dahin weiß man immer nicht mit rechtlicher Gewißheit, ob die Zeugen das Testament wirklich unterschrieben haben.

Ert. des vormal. OLG. zu Wolfenbüttel v. 29. Juli 1841, bestätigt vom vormal. OAG. das. am 21. Jan. 1842, in S. Lambrecht'scher Vormund w. die Wittwe Schmidt, wegen Erbtheilung.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 256.

Siehe auch hereditatis petitio Contr. 24 die sub 3 und 4 aufgeführten Präjudize aus der Zeitschrift für Rechtspfl. für Braunschweig.

II.

Streitig ist, wen die Beweislast treffe, wenn ein Testament oder Codicill wegen Mangels eines der nothwendigen formellen Erfordernisse als nichtig angefochten wird.

Einige meinen, es sei zwischen dem **mündlichen** Testamente, resp. Codicille und dem schriftlichen zu unterscheiden.

A. Bei dem mündlichen Testamente, resp. Codicille sei die Erklärung des letzten Willens, der Erbeinsetzung, der Vermächtnisse u. s. w. vor sieben, resp. fünf rogirten männlichen Zeugen, der in der äußeren Erscheinung unmittelbar hervortretende nothwendige Bestandtheil desselben. Wer sich also auf ein mündliches Testament, resp. Codicill berufe, habe diese Thatsachen zu behaupten und eventuell zu beweisen. Alle übrigen Behauptungen, mit welchen das Testament als von Anfang an nichtig angefochten werde, gehörten zum directen Gegenbeweise, weil dadurch der Klaggrund, nämlich die Existenz eines giltigen Testaments, als von Anfang an unwahr, bestritten werde. Entstehe daher z. B. Streit über die Giltigkeit einer letzten Willenserklärung wegen Unfähigkeit eines Zeugen, wegen Unterbrechung der Einheit der Handlung u. s. w., so habe der angreifende Theil seine Behauptung durch Angabe specieller Thatsachen gehörig zu substantiiren, resp. zu beweisen.

B. Bei schriftlichen Testamenten, resp. Codicillen würden zu deren äußerer Form folgende vier Punkte verlangt: die Rogation der Zeugen; die Erklärung des Erblassers an die versammelten Zeugen, daß die denselben vorgelegte Urkunde sein Testament, resp. Codicill sei; die vor den Zeugen vollzogene Unterschrift des Erblassers; endlich die durch die einzelnen Zeugen vor dem Erblasser und den sämmtlichen Zeugen zum Beschlusse des Actes vorgenommene Unterschrift und Besiegelung der Urkunde.

Ueber diese vier Punkte werde von dem, welcher aus dem Testamente u. s. w. Rechte herleiten wolle, Beweis verlangt; denn es sei allgemeiner Grundsatz, daß derjenige, welcher sich mit Wirkung auf ein Testament berufen wolle, den Beweis führen müsse, daß dasselbe

formell giltig errichtet sei, möge er selbst klagend mit der hereditatis petitio auftreten oder z. B. von einem Verwandten des Erblassers mit der hereditatis petitio ab intestato, als Verklagter, belangt werden. Bei diesen Grundsätzen müsse es aber umsomehr verbleiben, da die Befreiung von der Beweislast im petitorischen Processe ein ungleich größeres und wichtigeres Vorrecht für den eingesetzten Erben wäre, als das Recht auf einen provisorischen Besitzstand, z. B. auf die durch L. ult. C. de edicto D. Hadriani toll. 6, 33 vorgeschriebene Rechtsbegünstigung.

Vinnius ad §. 3 Inst. de test. ord. Nro. 6.
Müller ad Struv. exerc. 32. th. 10. p. 649.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1262. not. d.
Holzschuber, Th. 2. Abth. 1. S. 800 u. 801.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 43 f.

Andere meinen, sobald ein äußerlich fehlerfreies, als echt anerkanntes Testament, resp. Codicill vorliege, so würde die Beobachtung aller oben angeführten Solennitäten präsumirt. Denn die Giltigkeit eines jeden äußerlich vorgenommenen Rechtsacts müsse präsumirt werden; ferner in Beziehung auf die Präsumtion für die Rogation der Zeugen komme in Betracht, daß nicht leicht Jemand als Zeuge unterschreiben werde, der nicht rogirt worden sei, sowie überhaupt der favor testamenti diese Präsumtion begründe; endlich liege in der L. ult. C. de edicto D. Hadriani toll. 6, 33 für diese Ansicht eine positive Stütze.

Pufendorf, observ. T. II. obs. 144.
Bachov. ad Treutler. Vol. II. disp. 10. th. 5. lit. B.
Sintenis, Civilrecht §. 169. S. 377. Not. 3.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 289 f.

Siehe die Widerlegung der einzelnen Gründe bei
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 46 f.

Präjudiz 1.

Geht bei dem schriftlichen Testamente aus dem Inhalte auch die Beobachtung der in Frage befindlichen Vorschrift hervor, so erstreckt sich die der Urkunde hinsichtlich ihres materiellen Inhalts beigelegte Glaubwürdigkeit auch auf den formellen, die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften betreffenden Inhalt; und es braucht mithin solcher nicht auf andere Art nachgewiesen zu werden. Letzteres ist überflüssig, wenn z. B. aus dem schriftlichen Testamente, der Angabe des Testators und wenn auch nur einiger Zeugen hervorgeht, daß letztere zu dem Acte rogirt worden seien, oder daß das Testament vom Testator vorgezeigt und für das eigene erklärt worden ist.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 11. März 1835.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 93. sub 8.

Präjudiz 2.

Bei dem mündlichen Testamente, über dessen Inhalt erst später eine Urkunde aufgenommen worden, bilden zwar zunächst die Aussagen der Zeugen die Mittel der Nachweisung des letzten Willens, die Urkunde selbst aber dient nicht bloß den Zeugen zur Erinnerung an den Gegenstand ihrer Wahrnehmung, sondern bietet auch, die Richtigkeit der Unterzeichnung des Aufsatzes durch die Testamentszeugen vorausgesetzt, eine selbstständige Quelle zur Ausmittelung der testwilligen Anordnung.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843 und 31. August 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 93. sub 8.

Präjudiz 3.

Daß gegen die für die Privattestamente ertheilten Vorschriften **negativer** Erfordernisse (z. B. daß die Zeugen nicht unfähig, daß die Einheit der Handlung nicht unterbrochen worden) gefehlt sei, muß stets derjenige beweisen, welcher aus solchen Fehlern die Ungiltigkeit des Testaments ableitet. Damit der Beweis eines solchen Mangels auferlegt werden könne, müssen darauf gerichtete **bestimmte Behauptungen** vorgebracht sein.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 93. sub 8.

Siehe auch hereditatis petitio Contr. 24 die Präj. sub 3 u. 4 aus der Zeitschr. f. Rechtspfl. f. Braunschweig.

III.

Streitig ist, ob den eigenen Angaben des Testators in seinem Testamente, soweit sie sich auf Beobachtung der Solennitäten beziehen, z. B. wenn der Testator in seinem Testamente sagt: „vor den unterschriebenen und rogirten Zeugen" u. s. w., eine beglaubigende Wirkung zuzuschreiben sei.

Siehe hierüber
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 55.
Strippelmann, neue Samml. Th. 6. S. 268.

Vgl. die Präj. zu Contr. 2.

IV.

Streitig ist, ob die Rogation der Zeugen für bewiesen gelte, sobald die Letzteren sich mit dem Zusatze: „als erbetener Zeuge" ausdrücklich unterschrieben haben, desgleichen ob der Beweis der behaupteten Einheit der Handlung als geführt gelte, wenn von den Zeugen das Datum zu der Unterschrift hinzugefügt ist.

Einige bejahen dies so lange, bis das Gegentheil bewiesen sei, weil Privattestamente als instrumenta quasi publica hinsichtlich der Glaubwürdigkeit ihres Inhalts den instrumentis publicis gleichständen.

Pufendorf, obs. T. II. obs. 144.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 290.
Sintenis, Civilrecht §. 169. Not. 3.

Vgl.

Gensler, civil. Archiv Bd. 2. S. 323.
Weinsmann, wissensch. Rechtskunde Th. 1. S. 294.
Holzschuber, Th. 2. Abth. 1. S. 800 u. 801 zu Nr. 6.

Andere verneinen die Frage, theils weil die Zeugen nur testes singulares sein würden und, rücksichtlich des zweiten Theiles der Frage, weil daraus, daß die Zeugen an einem und demselben Tage fungirt haben, noch nicht folge, daß dies gleichzeitig geschehen sei, theils endlich, weil die mit der Unterschrift verknüpften Bemerkungen doch nur in **unbeschworenen Privatzeugnissen** bestehen würden. Nov. 73. cap. 3 vgl. mit cap. 7. §. 1. Nov. Leonis 69.

Stryk, cautela testam. cap. 15. §. 17.
Müller ad Struv. exerc. 32. th. 10. not. η. p. 649.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 57 in f.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1262. not. d.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 53.

Vgl. auch

Gönner, Handb. des gem. deutschen Proc. Th. 2. Abh. 46. S. 465.
Thibaut, System Bd. 3. §. 1176.
Linde, Civilproceß §. 274. Not. 10. (7. Aufl.)
Schmid, Handb. des gem. deutschen Proc. Th. 2. §. 143. S. 271.

mit

Martin, Civilproceß §. 207. Not. i. (12. Ausg.)
Morstadt, Civilproceßschlüssel S. 211.

Präjudiz 1.

So bei dem mündlichen wie bei dem schriftlichen Privattestamente genügt es zu einer gehörigen Berufung der Testamentszeugen, daß sie vom Erblasser ausgegangen, resp. genehmigt, und daß die Zeugen mit dem Zwecke ihrer Anwesenheit bei der Testamentserrichtung bekannt gewesen oder vor Eröffnung des Acts damit bekannt gemacht worden seien. An eine besondere Förmlichkeit ist die rogatio testium nicht gebunden.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 11. März 1835, 8. April 1843 und 31. August 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 1.

Vgl. die Präjudize zu Contr. 1.

V.

Streitig ist, wer die Rogation der Testamentszeugen beweisen müsse.

Einige meinen, daß im Zweifel die rogatio testium stets von dem Erben bewiesen werden müsse, das Testament möge mündlich oder schriftlich errichtet worden sein, L. 13. §. 2 D. de Public. in rem act., indem man dies aus den Worten: qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore et lege non prohibente se emisse, argumentirt.

Stryk, de cautela testam. cap. 15. §. 17.
Müller ad Struv. exerc. 32. th. 10. not. η. Nro. 5.
Hoyer, disp. de rogatione test. in testam. §. 18.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 57.
Hofacker, prioc. jur. civ. §. 1262. not. d.

Andere meinen, der Zusammenhang des von den Gegnern citirten Gesetzes zeige, daß die Stelle von dem Falle handle, wo der Käufer der Sachen eines Pupillen solche klagend mit der Public. in rem actio verfolgen wolle. Hier müsse er freilich das zu Grunde liegende dominium praesumtum, mithin auch den Erwerb der Sache in rechtlicher Form darthun, L. 11 C. de probat. 4, 19. Sollte etwas hieraus zu argumentiren sein, so würde vielmehr zu unterscheiden sein, ob Jemand ein Recht aus einem Testamente verfolgen wolle, dessen Giltigkeit von diesem Umstande abhänge, oder ob er die Giltigkeit des Testaments aus dem Mangel dieses Umstandes anzufechten suche. Im ersten Falle müsse das Dasein der Rogation, im anderen Falle die Unterlassung derselben von dem bewiesen werden, der dadurch Rechte gerichtlich verfolge.

Vorst, über die Beweislast §. 69.

Vielmehr müsse bei einem schriftlichen Testamente die geschehene Rogation aus der Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen so lange angenommen werden, bis das Gegentheil erwiesen sei; sonst könne sie, als res facti, nicht vermuthet werden, sondern müsse von dem bewiesen werden, welcher einen Anspruch aus einem Testamente geltend zu machen suche, dessen Giltigkeit gerade von der Behauptung dieser Form abhänge. L. fin. C. de edict. D. Hadriani toll. 6, 33.

Pufendorf, observ. T. II. obs. 144.
Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse S. 278.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 290 f. Bd. 35. S. 28.

Vgl.

Strippelmann, Sammlung Th. 4. S. 241 f. u. S. 268 u. 278.

Vgl. die Präjudize zu Contr. 1, desgl. Präjudiz 1 zu Contr. 4.

Probrosae mulieres, s. Erbunfähigkeit, relative c. 1.

Proceßkosten des Beneficialerben, s. beneficium inventarii c. 32.

Prodigi, deren Erbschaftserwerb, s. Erwerb der Erbschaft c. 4.

Pro herede gestio, s. Erwerb des Erbrechts c. 18 und beneficium inventarii c. 4.

Promotionskosten, deren Collation, s. Collationspflicht c. 19.

Pro possessore, s. interdictum quorum bonorum c. 1.

Protestation gegen Verzicht auf die querela inoff. test., s. querela inoff. test. c. 24.

Publication der wechselseitigen Testamente, s. wechselseitige Testamente c. 13.

Pupillarsubstitut, kann ihm ein Vermächtniß auferlegt werden? s. Vermächtnisse A. c. 12.

Q.

Quarta divi Pii, s. Pflichttheilsrecht des unmündigen Arrogirten.

Quarta Falcidia, bei unterlassener Inventur, s. beneficium inventarii c. 20.

— — des Notherben, s. Pflichttheil A. c. 17.

Quarta Falcidia — Trebellianica.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. §. 1132 f.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 520 f.
v. Vangerow, Pand. §. 534 f.
v. d. Pfordten in s. Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erl. 1840.
Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. 1. S. 338 f.
Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 6. S. 370 f. Bd. 7. S. 54 f. 187 f.
Herrmann das. Bd. 8. S. 394 f.

I.

Streitig ist, ob und inwiefern die sog. quarta Trebellianica anders berechnet werde, wie die quarta Falcidia.

Einige leugnen alle und jede Verschiedenheit, wenigstens juristisch (während allerdings factisch der Unterschied stattfinde, daß bei dem Universalfideicommisse ein Fall vorkommen könne, welcher beim Singularvermächtnisse unmöglich sei, wenn nämlich dem Fiduciar etwas dadurch zugewendet werde, daß ihm der Testirer die Restitution der Erbschaft, mit Vorbehalt einzelner Sachen, befehlen wollte). Folgende Gründe rechtfertigten diese Ansicht:

1) Es sei bekannt, daß ein Universalfideicommissar nach dem SC. Trebellianum „heredis loco“ angesehen sei, weßhalb ihm auch eine Quart nicht habe abgezogen werden können, und so sei es gekommen, daß

der Fiduciar, wenn ihm nach der Restitution wenig oder nichts übrig geblieben, lieber die Erbschaft ausgeschlagen und dadurch das Fideicommiß vernichtet habe. Deshalb sei durch das SC. Pegasianum verfügt, daß dann, wenn der Erblasser die Restitution von mehr als $^3/_4$ der Erbschaft aufgetragen habe, der Fiduciar nicht loco heredis, sondern nur legatarii loco sein solle, um auf diesem Wege die Anwendung der lex Falcidia auf solche Fideicommisse möglich zu machen. Es sollte also nicht eine neue Quart geschaffen werden, sondern man habe nur dem Universalfideicommissar seine Erbenqualität genommen, ihn zum reinen Legatar gemacht und dadurch der lex Falcidia unterworfen. Gaju a li. §. 254, vgl. mit L. 27. §. 10. L. 64. §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1.

2) Wollte man annehmen, daß der Fiduciar auch das in die Quart einrechnen müsse, was ihm titulo singulari ex judicio defuncti zugefallen, so müßte, wenn irgend Consequenz vorhanden sein sollte, von Prälegaten nicht nur der Theil eingerechnet werden, welchen er sich selbst auszahlen müßte und der deshalb jure hereditario bei ihm verbleibe, sondern auch der Theil, welcher ihm von den Miterben prästirt werde, welches entschieden gegen die Bestimmungen der L. 86 ad leg. Falc. 35, 2 und L. 24 C. famil. herc. 3, 36 verstoßen würde. (Siehe die Interpretation dieser Stelle bei v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 536. S. 492 f.)

Cujacius, obs. 8. 4. in resp. Papin. ad L. 41 de mort. causa donat. L. 78 de hered. inst. L. 58. §. 3 ad SC. Trebell. (opp. T. 4. p. 906. 1046 u. 1232.)
Möller, de quart. Trebell. quam vocant (1815).
Lindelof im civil. Archiv Bd. 4. Nr. 30.
v. d. Pfordten, de praelegat. §. 28.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 186.
Roßhirt, Lehrbuch Bd. 3. §. 709.
Schweppe, röm. P.-R. §. 936.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 767.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 526.
Seuffert, Lehrbuch §. 643.
Valett, Lehebuch §. 1197.
Sintenis, Civilr. §. 215. Not. 24.
v. Vangerow, Pand. §. 536.

Andere nehmen einen Unterschied zwischen beiden Quarten an, cf. L. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2, der im Allgemeinen darin bestehe, daß, während in die Falcidia bloß dasjenige eingerechnet werden dürfe, was der Erbe titulo hereditario erhalten, umgekehrt in die Trebellianica auch das eingerechnet werden müsse, was titulo singulari ex judicio defuncti an den Fiduciar komme; und zwar divergiren die Anhänger dieser Ansicht wiederum.

Einige nämlich meinen, der Fiduciar sei schuldig, schlechthin Alles, was er in irgend einer Weise ex judicio defuncti erhalten habe, in die Quart einzurechnen, arg. L. 2 C. ad SC. Trebell.

A. Faber, conject. VI. 3—5.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 36. 1. §. 30.
Pfeiffer, de praeleg. §. 23.
Nettelblatt, Prälegate §. 7 u. 8.
Bertram, de reb. singulari titulo relictis in quartam Falcid. imputandis §. 5. (1834.)

Andere nehmen wenigstens das aus, was ein Legatar dem Fiduciar conditionis implendae causa leisten müsse:

Voet, Comm. ad P. 36. 1. §. 48.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1538.
Malblanc, princ. jur. Rom §. 768.

und Andere nehmen überhaupt Alles, was der Fiduciar conditionis implendae causa erhalten habe, sollte es ihm auch von einem Miterben oder dem Universalfideicommissar selbst prästirt werden, von der Einrechnung aus.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. §. 1336.
Braun, Dictate S. 708.

Andere wollen rücksichtlich der Prälegate in der Beziehung, ob diese ganz oder zu dem Theile, den die Miterben dazu beitragen müßten, in die quarta Trebellianica einzuwerfen seien, nicht weiter unterscheiden, und nehmen also die von den Miterben gezahlten Prälegate von der Einrechnung in die Quart aus.

Thibaut, System §. 929.
Puchta, Pand. §. 546.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 454.
Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. §. 1336.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 1069.

Andere meinen, daß man unterscheiden müsse zwischen demjenigen, was der Fiduciar von dem Miterben erhalte, und demjenigen, was ihm von dritten Personen prästirt werden müsse; das Erstere brauche sich der Fiduciar der Regel nach nicht in die Quart zu imputiren (wovon nur in dem Falle, wenn der Miterbe zugleich auch der Universalfideicommissar sei, zwei Ausnahmen vorkämen, nämlich einmal, wenn die Gegenleistung als Preis der Erbschaft zu betrachten sei, und zweitens, wenn die Fiction statthaft sei, daß der Fiduciar die von dem Fideicommissar zu machende Gegenleistung von der Erbschaft selbst zurückbehalte); was aber der Fiduciar von dritten Personen zu empfangen habe, das müsse er sich stets in die Quart einrechnen, einerlei, ob es als Fideicommiß oder ob es conditionis implendae causa zu entrichten sei.

Bolley, Versuch über die L. 91 ad L. Falc. (im Tübinger krit. Archiv Bd. 3. S. 1 f.)

Präjudiz I.

Dem Erben war aufgelegt, die Erbschaft nach seinem Tode zur Hälfte dem N., zur Hälfte dem X. zu hinterlassen. N. starb vor dem Erben, und es handelte sich nach dem Tode des Letzteren nur von Restitution der Hälfte an den X. Der Erbe des Fiduciars wollte die Trebellianische Quart von dieser Hälfte in Abzug bringen. Es wurde aber angenommen, daß er hierzu nicht befugt, weil die Quart durch die andere nicht zur Erfüllung gekommene Hälfte des Fideicommisses gedeckt sei. „Der Fiduciar hat nur darauf ein Anrecht, daß ihm ein Viertheil von dem Nachlasse, auf welchen das Fideicommiß gelegt ist, übrig bleibe; nicht erstreckt sich sein Recht dahin, daß er, dafern ihm die Ausantwortung einer Quote der Erbschaft aufgegeben ist, welche weniger als drei Viertheile des Nachlasses beträgt, auch noch von dieser Quote den vierten Theil abziehen könne. Dies bringt schon die Geschichte und der Zweck der Einführung dieser Quart mit sich,

§§. 4—6 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23.

und es folgt überdies aus der in fr. 91 pr. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 22. § 2 ad SC. Trebell. 36, 1 enthaltenen Vorschrift, daß sich der Fiduciar in die Quart Alles einrechnen lassen müsse, was er e judicio testatoris erhalten hat. . . . . . Da den Rechten nach bei der auf eine Bedingung gestellten fideicommissarischen Disposition dann, wenn die Bedingung nicht eintritt, diese Verfügung als gar nicht geschrieben gilt und eine Verbindlichkeit des Erben zur Restitution gar nicht eintritt, so ist folgerecht das Object des Fideicommisses, welches

nicht ausgeantwortet wird, dem Erben e judicio testatoris verblieben."

Noch war hierzu bemerkt: „Die vom Beklagten aufgestellte, auch in

Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. S. 412.

vorkommende Ansicht, daß in dem Falle, wo das Fideicommiß erst nach dem Tode des damit onerirten Testamentserben an den Fideicommissar herausgegeben werden solle, nicht der Testamentserbe, sondern der Erbe des Erben als Fiduciar zu betrachten sei, entspricht keineswegs den Gesetzen,

vgl. fr. 54. fr. 57. §. 1. 2 ad SC. Trebell. 36, 1. Auth. Contra cum rogatus ad SC. Treb. 6, 49. Nov. 108. cap. 1. 2.

in welchen vielmehr von der Idee ausgegangen wird, es sei, da der mit dem Fideicommiß beschwerte Erbe bei dem Austritte aus dem Leben den Willen des Testators selbst nicht mehr erfüllen könne, dies als eine Obliegenheit des Nachlasses zu betrachten, welche der Erbe des Erben, in Vertretung des Nachlasses, in Vollziehung zu setzen habe."

Erk. des OAG. zu Dresden.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 208.

II.

Streitig ist, ob die quarta Trebellianica bei für milde Stiftungen gemachten Universalfideicommissen abgezogen werden könne*).

Einige bejahen diese Frage.

Tiraquell, tractatus de privil. piae causae pr. 27 et 33.
Carpzov, resp. lib. 6. resp. 35.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1512. Nro. 3 et §. 1541. Nro. 2.
v. Haetitzsch, Darstellung des im K. Sachsen geltenden Erbrechtes §. 124.

Andere verneinen die Frage.

Böhmer, jus eccles. prot. T. II. lib. 3. cap. 26. §. 29.

---

*) In den Entscheidungen des OAG. zu Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzsammlung, welche von den Gerichten in judicando zu befolgen sind, ist ausgesprochen:

Bei einem Fideicommisse zu Gunsten einer pia causa steht dem instituirten Erben nicht das Recht zu, die quarta Trebell. abzuziehen.

Präjudiz bekannt gemacht den 29. Juli 1843.

Präjudiz 1.

Es ist der Fall denkbar, daß nur ein Vermächtniß für eine milde Stiftung vorhanden sei, welches die Kräfte des Nachlasses über drei Viertel desselben oder gänzlich übersteigt, wie sich nach genauer Ermittelung der Erbmasse und nach Antritt der Erbschaft erst findet. Da dem Erben der Abzug des Falcidischen Viertheils gesetzlich untersagt ist, so würde ihm auch in diesem Falle kein Nutzen aus der von ihm angetretenen Erbschaft erwachsen. Ferner folgt daraus, daß die legitima auch als Falcidia und resp. Trebellianica quarta aufgeführt wird, ohne daß alle für diese beiden Quarten geltenden Vorschriften auf den Pflichttheil angewendet werden, keineswegs, daß der Satz: daß die quarta Trebellianica nach dem Vorbilde der Falcidia eingeführt worden sei und oft in den römischen Gesetzen unter der Benennung der Falcidiae, nie aber unter der der Trebellianicae vorkomme, als falsch und unerheblich sich darstellt. Ebenso war das Interesse, welches der Staat dabei, daß Testamente nicht destituirt würden, hatte, größer als bei Legaten, welche durch die Codicillarclausel*) aufrecht erhalten werden konnten. Nicht minder ist nach der von Gottschalk vertheidigten**), richtigen und durch die Bekanntmachung des königl. sächsischen OAG. v. 6. August 1836 Nr. III.*) unentschieden gelassenen Meinung es auch möglich, daß das Verbot des Abzugs des Falcidischen und Trebellianischen Viertheils stillschweigend erfolgen kann. Endlich kommt noch der Umstand in Erwägung, daß ein und derselbe Grund, welcher den Wegfall beider erwähnter Quarten veranlaßt hat, in Bezug auf milde Stiftungen vorhanden ist; nämlich die letztern sollen das ihnen letztwillig Bestimmte voll und ungeschmälert erhalten. Nach dieser Ansicht hat die Juristenfacultät zu Leipzig im Jahre 1828 und das königl. sächsische vormalige AG. im Jahre 1831 in Sachen Schneiderin w. den Stadtrath zu Reichenbach**) entschieden und der Klägerin Suchen auf Verabfolgung des Trebellianischen Viertheils von dem in Frage befangenen, dem Armuthe beschiedenen Nachlasse als schlechterdings unstatthaft zurückgewiesen.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 4. H. 6. S. 483 f.

---

*) Curtius, Handb. des sächs. Civilr. §. 818 ff.

**) Discept. for. T. II. cap. 14. pag. 113 sq. edit. a. — Urthel des königl. sächsischen vorm. AG. in Sachen Kießling's w. Plätz 1826. II. B. 23 und 1828. I. A. 47.

*) Gesetz- und Verordn.-Bl. v. J. 1836 S. 270 ff. mit den Worten: „insoweit dessen Abzug überhaupt die Rechte gestatten." — A. M. scheint die zu Curtius a. a. O. §. 804. Not. a gemachte Bemerkung auszudrücken.

**) 1829. I. A. 42.

III.

Streitig ist, wie die Falcidische Quart zu berechnen sei, wenn mehrere Erbschaftsportionen sich in einer und derselben Person vereinigen,

vgl. Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 531 f.
Roßhirt, Lehrbuch Bd. 3. §. 708.
Stemann in Elvers Themis N. F. Bd. 1. Nr. 10.
v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pand.-R. Abh. 1.
v. Vangerow, Pand. §. 535.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 36. S. 219 f. Bd. 37. S. 327 f.

insbesondere wie zu entscheiden sei, wenn mehrere Portionen in einer Person dadurch vereinigt werden, daß Jemand mehreren Instituten vulgariter substituirt ist.

Einige meinen, eine Vereinigung der mehreren Portionen müsse angenommen und die Quarta wie von einem Erbtheile berechnet werden, weil die Vulgarsubstitution im Wesentlichen nichts anderes sei, als eine bedingte Institution. L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. 4 et 5 ad L. Falcid. 35, 2. L. 14. §. 2 eod.

Huschke in Gießer Zeitschr. Bd. 7. S. 219.
v. d. Pfordten, Abhandl. S. 10.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 317.

Andere meinen, es sei nach L. 1. §. 13 ad L. Falcid. 35, 2 in Betreff derjenigen Vermächtnisse, welche der Erbe als Substitut zu zahlen habe, zu unterscheiden, ob er dieselben suo nomine oder ob er sie alieno nomine schulde; das Erstere sei dann vorhanden, wenn ihm dieselben speciell auferlegt seien, oder wenn sie so allgemein hinterlassen worden, daß jeder eintretende Erbe als onerirt erscheine; das Andere aber trete dann ein, wenn die Vermächtnisse speciell von dem Institutus hinterlassen seien und also von dem Substituten nur vermöge Rechtssatzung, nicht vermöge ausgesprochenen Willens des Erblassers übernommen werden müßten. Schulde nun der Substitut die Vermächtnisse suo nomine, so trete allerdings die Vereinigung der beiden Portionen ein, während er, wenn er sie alieno nomine zu zahlen habe, nicht verpflichtet sei, den Ueberfluß seiner Institutionsportion zur vollständigeren Deckung solcher Vermächtnisse anzuwenden.

v. Vangerow, Pand. §. 535. S. 473.

Vgl.

Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. 1. S. 385.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 391 f.

IV.

Streitig ist, welche Grundsätze beim Abzuge der quarta Falcidia anzuwenden sind, wenn dem Pupillen und dem Pupillarsubstituten Vermächtnisse aufgelegt werden, namentlich, ob die ganze freie Institutionsportion mit in die Berechnung gezogen werden müsse, oder ob der Substitut verlangen könne, daß ihm diese ganz frei bleibe*).

Einige meinen, da es an besonderen gesetzlichen Vorschriften für diesen Fall fehle, so müßten folgende Grundsätze eintreten: wenn dem Pupillen Vermächtnisse auferlegt sein sollten, so würden dadurch die freien Institutionsportionen der coheredes nicht angegriffen; umgekehrt aber, wenn der Substitut belastet sei, so solle für diese Vermächtnisse auch die Institutionsportion haften. Es sei nun consequent, diese beiden Grundsätze in dem in der Note angegebenen Falle gleichmäßig in Anwendung zu bringen, so daß also für diejenigen Vermächtnisse, welche dem Pupillen auferlegt worden, die freie Institutionsportion des extraneus ganz außer Berechnung bliebe, während dieser dagegen diejenigen Vermächtnisse, welche ihm als Substituten auferlegt worden, allerdings auch aus seiner Institutionsportion zu decken verpflichtet sei. Im unten bemerkten Beispiele würde also X nur $64^2/_7$ erhalten, Z aber seine vollen 200.

v. Vangerow, Pand. §. 535.
Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. 1. S. 331.
Sintenis, Civilr. §. 215. Not. 33.

Vgl. auch

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 317—319.

Andere stellen den allgemeinen Grundsatz auf, daß, so oft dem Miterben, welcher dem Pupillen substituirt sei, in dem zweiten Testamente ein Legat auferlegt sei, immer eine Vereinigung der beiden Portionen eintreten müsse, wobei es ganz gleichgiltig sei, ob dem Pupillen selbst Legate auferlegt seien oder nicht, ob von dem Miterben des Pupillen auch im ersten Testamente Legate hinterlassen seien oder nicht, und durch welche der hier denkbaren Arten von Legaten eine Quartverletzung der einen oder anderen Portion herbeigeführt werde. Nach dieser Ansicht würde die zweite unten angegebene Berechnungsart anzunehmen sein, wonach dem T nur 100 verblieben. L. 4. §. 6 D. de vulg. et pup. subst.

v. d. Pfordten, Abhandl. S. 74.

Vgl. hiergegen

v. Vangerow a. a. O. S. 483.

wo Inconvenienzen der gegenseitigen Ansicht gezeigt werden.

Vgl. auch

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 36. S. 281 f.

mit

Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 7. S. 75.

und

Francke, Notherbenrecht S. 159.

V.

Streitig ist, in welchem Umfange der Pupillarsubstitut für die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse haften muß.

Einige meinen, man müsse von dem einfachen Grundsatze ausgehen, daß nämlich der Substitut eben so hafte, wie der Pupill selbst, L. 11. §. 5 ad leg. Falcid. verglichen mit L. 19. §. 1. L. 113. §. 3 de legat. I. L. 87. §. 4 ad leg. Falcid., und also die Legate an Fremde nicht zu entrichten brauche. L. 35 de vulg. subst. L. 5 pr. de legat. praest. 37, 5. Die entgegenstehende L. 103. §. 2 de legat. II. wird dann entweder durch Textveränderung oder durch die Bemerkung beseitigt, daß diese Frage allerdings wohl unter den römischen Juristen streitig gewesen, und die abweichende Ansicht Scävola's in der L. 103 cit. aus Versehen in die Pandekten aufgenommen sei.

Cujacius, obs. lib. 3. cap. 9.
Pothier, Pand. Just. lib. 37. tit. 5. Nro. 37.
Förster, de bonor. poss. cap. 1. p. 444.
Francke, Notherbenrecht S. 156.
v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pand.-R. S. 99.
Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. 1. S. 340.
Leist, bonor. poss. Bd. 2. Abth. 1. S. 188.

Andere unterscheiden: wenn die Portion des eingesetzten Pupillen durch die bonor. poss. contra tab. kleiner oder doch wenigstens nicht größer geworden sei, so habe der Substitut allerdings, ebenso wie der Pupill selbst, bloß die Vermächtnisse an personae conjunctae zu prästiren (L. 35 cit. L. 5 cit.); habe sich aber die Portion des Pupillen durch die bonor. poss. contra tab. **vergrößert**, so müsse der Substitut allerdings auch die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse an extranei, jedoch immer nur aus der ursprünglichen Institutionsportion desselben entrichten. L. 103 cit.

Bartol. ad L. 5 de leg. praest.
A. Faber, conject. lib. V. cap. 1.
Retes, opusc. lib. III. ad leg. ult. de legat. III.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 36. S. 268 f.

Andere gehen davon aus, daß der Substitut **immer** die Vermächtnisse auch an extraneos zu zahlen habe, aber freilich nie über den Belauf der ursprünglichen Institutionsportion, und diesem durch L. 103 cit. bewiesenen Princip ständen auch die L. 35 cit. und L. 5 cit. nicht entgegen, wenn man diese Stellen nur richtig auslege.

Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 7. S. 65 f.

VI.

Wenn der Vater aber mehrere unmün-

*) Nehmen wir folgenden Fall an: Der Testator, welcher im Augenblicke seines Todes 400 Thlr. im Vermögen hat, ernennt zu Erben seinen unmündigen Sohn, den er mit einem Vermächtnisse von 150 an X belastet, und den extraneus T, den er gar nicht onerirt; zum Pupillarsubstituten seines Sohnes ernennt er eben diesen T und hierbei legt er demselben auf, 200 an Z zu zahlen. Bleibt hier die Institutionsportion des T ganz außer Berechnung, so ist dieser qua substitutus um 200 überlastet, welche er verhältnißmäßig dem X und Z abzieht, so daß jetzt X $64^2/_7$ (150 = $85^5/_7$), Z aber $85^5/_7$ (200 — $114^2/_7$) erhält, während T 80 qua substitutus und seine vollen 200 qua institutus behält. Soll aber umgekehrt die Institutionsportion auch in die Berechnung gezogen werden, so behält T überhaupt nur 100, nämlich die Quart des ganzen Vermögens, und darf also den beiden Legataren nur 50 abziehen, so daß jetzt X erhält $128^4/_7$ (150 — $21^3/_7$), Z aber $171^3/_7$ (200 — $28^4/_7$).

dige Kinder zu Erben eingesetzt und für sämmtliche einen und denselben Pupillarsubstituten ernannt hat, so streitet man, wie die quarta Falcidia zu berechnen sei.

Einige meinen, daß sämmtliche Vermächtnisse zu confundiren seien und für alle gemeinsam die Quart aus beiden combinirten Portionen berechnet werden müsse, einerlei, ob dieselben nur den Pupillen oder nur dem Substituten oder beiden auferlegt seien. Man beruft sich dafür auf den generellen Ausspruch in L. 14. §. 2 ad leg. Falcid. und auf den allgemeinen Grundsatz, daß Pupillar-Substitutionen subductis personis pupillorum revocandi sunt ad intellectum institutionis nach L. 11. §. 6 ad leg. Falcid. vgl. mit L. 87. §. ult. eod. und L. 41. §. 6 de vulg. subst.

Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 7. S. 219.
Herrmann das. N. F. Bd. 8. S. 419.
Thibaut, System §. 916.
Schweppe, röm. P.-R. §. 905.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch Bd. 5. §. 223.

Andere unterscheiden zwischen Legaten, die dem Pupillen und die dem Substituten auferlegt sind; wenn bloß der Pupill onerirt sei, so müsse eine vollständige commixtio eintreten, weil hier, aber auch nur hier, die revocatio ad intellectum institutionis Platz greife; wenn aber die Legate dem Substituten auferlegt worden, so müsse eine getrennte Berechnung eintreten, indem das, was der Substitut bloß im Namen eines der Pupillen schulde, nicht mit denjenigen Vermächtnissen zusammengezählt werden könne, welche durch Onerirung des anderen Pupillen oder des Substituten auf die andere Portion gelegt seien; jedoch müsse auch in diesem zweiten Falle eine Einrechnung des Ueberschusses stattfinden, weil ja doch der Substitut jedenfalls beide Portionen jure hereditario erworben habe.

Voorda, Comm. ad leg. Falcid. cap. 11. §. 11. p. 298.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 536.

Andere stellen den Grundsatz auf, daß der Regel nach immer eine getrennte Berechnung der Falcidia stattfinde, jedoch der Ueberschuß der einen Portion den Mangel der anderen decken müsse; wenn aber dem Substituten in beiden Pupillartestamenten Legate auferlegt seien, so trete vollständige Vereinigung ein, einerlei, ob auch die Pupillen onerirt seien oder nicht, arg. L. 87. §. 5 ad leg. Falcid. L. 14. §. 2 eod.

v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pand.-R. S. 89.
Sigmund, über die Berechnung der quarta Falcid. S. 33.

Andere gehen von den Prämissen aus, daß rücksichtlich der den beiden Pupillen auferlegten Legate die beiden Erbschaften getrennt zu betrachten seien, daß aber in Betreff der von dem Substituten hinterlassenen Vermächtnisse auf den ganzen Bestand der den beiden Pupillen hinterlassenen Erbschaft gesehen und von dieser die Quart abgezogen werden müsse. Hiernach müßten auch die beiden Fälle, wenn bloß den Pupillen oder bloß dem Substituten Vermächtnisse auferlegt seien, dahin entschieden werden, daß die Quart im ersten Falle stets für jede Portion besonders, im zweiten aber immer aus dem ganzen an den Substituten gekommenen Nachlasse berichtigt werden müsse. — Was dagegen den weiteren Fall anbelangt, wenn dem Pupillen und dem Substituten Vermächtnisse auferlegt sind, so solle immer eine confusio calculi eintreten.

Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. 1. S. 357.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 319.

Andere stellen folgende Grundsätze auf: Wenn beide unmündige Kinder ganz gleichzeitig versterben, so tritt die Pupillarsubstitution für Beide gleichmäßig in Kraft. L. 42 de vulg. subst. L. 34 pr. eod. L. 9 pr. de reb. dub. Da hiernach der Substitut die Portionen beider Kinder als Pupillarsubstitut in seiner Person vereinigt, so ist dem Effecte nach Alles gerade so, wie wenn der Erblasser wirklich für Beide denselben Pupillarsubstituten ernannt hätte. — Anders verhält es sich in dem anderen gewöhnlicheren Falle, an welchen der Erblasser auch in der Regel allein denken wird, wenn nämlich die beiden Kinder hintereinander, aber beide in der Unmündigkeit versterben. Der Gedanke und Wille des Erblassers ist hier folgender: wenn eines der beiden Kinder stirbt, so soll der Ueberlebende dessen Intestaterbe werden; wenn dann auch noch das zweite stirbt, so soll dessen Erbschaft dem Pupillarsubstituten zufallen. Dieser ist also in einem solchen Falle immer nur einem, nicht beiden Pupillen substituirt, und wenn er auch den anderen Theil der väterlichen Erbschaft, auf welchen der erstverstorbene Pupill eingesetzt war, in der Erbschaft des nachverstorbenen vorfindet, so tritt er doch nicht als Pupillarsubstitut in denselben ein, sondern er erwirbt ihn nur so, wie irgend etwas Anderes, was nach dem Tode des Vaters zu dem Vermögen des Pupillen hinzugekommen ist.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 37. S. 375 f.
v. Vangerow, Pand. §. 535.

Vgl. auch

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 391 f.

und über die Consequenzen aus jenen Prämissen f.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 37. S. 378 f.

VII.

Der Testator kann den Abzug der quarta Falcidia verbieten. Nov. 1. c. 2. Streitig ist nun, ob zu einem solchen Verbote eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers nöthig sei.

Einige meinen, es genüge, wenn aus den Worten der Disposition klar hervorgehe, daß der Testator den Abzug der Quart nicht haben wolle, wenn er also seine Absicht darüber unzweifelhaft kund gebe, z. B. wenn der Testator die Veräußerung der Sache untersage; er könne also den Abzug der Quart auch stillschweigend verbieten.

Thibaut, System §. 917.
Braun, Dictate S. 704.
v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 181.
Gottschalk, disc. for. T. I. cap. 10. p. 113.
Schweppe, röm. P.-R. § 910.
Heimbach in Gießer Zeitschr. Bd. 13. S. 369.
Müller, promtuarium Bd. 9. S. 2735. sob 30. und die sub r aufgeführten älteren Rechtslehrer.
v. Vangerow, Pand. §. 538.
Puchta, Pand. §. 548.

Andere meinen, es müsse wenigstens auch aus der

Disposition klar hervorgehen, daß der Testator sich nicht über den Bestand seines disponiblen Vermögens geirrt, und also mit voller Absicht mehr als $^3/_4$ der Erbportion den Vermächtnißnehmern zugewendet habe.

Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 354.

Andere meinen, die gemeine Meinung erfordere ein ausdrückliches Verbot.

Sintenis, Civilrecht §. 215. Not. 44.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 811.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 35. 2. §. 12.

Präjudiz 1.

Die Einwendungen Klägers, in welchen derselbe das Recht der Beklagten zum Abzuge des Trebellianischen Viertheils von der Hälfte des Nachlasses Johannen Christianen M. bestreitet, bestehen im Wesentlichen darin, daß es

a) die Absicht des verstorbenen Johann Samuel Adam M. gewesen, sein und seiner Ehefrau ganzes dereinstiges Vermögen den Th.'schen Eheleuten zuzuwenden, und daß derselbe diese Absicht durch die angeführte eigenthümliche Wortfassung des gegenseitigen Testaments deutlich zu erkennen gegeben, dem sich die Fiduciarerbin ausdrücklich unterworfen habe. Nun ist aber, wie schon fol. — bemerkt worden, in dem gedachten Testamente und namentlich in der von Klägern ausgehobenen Stelle fol. — ein Verbot in Betreff des Abzugs jener Quart nirgends ausgesprochen, oder aus sonstigen darin enthaltenen Bestimmungen abzuleiten, welche einem solchen gleich zu achten wären, indem aus der der Fiduciarerbin zur Pflicht gemachten Einsetzung der Th.'schen Eheleute zu Erben ihres dereinstigen Nachlasses, die Entziehung des nurgedachten ihr gesetzlich zuständigen Rechtes sowenig folgt, als in der Testamentsagnition ein Verzicht auf diesen Anspruch zu finden ist.

Curtius, Handbuch Th. 2. Abth. 2. §. 788 u. 804. Ausg. 3.

b) Die fernere Behauptung des Klägers, daß dieser Verlust durch die von der M. unterlassene Anfertigung eines Inventars herbeigeführt worden sei, weil sie dadurch eine sichere Berechnung besagter Quart factisch unmöglich gemacht oder doch sehr erschwert habe, ist ebenfalls unerheblich. Denn wenn schon an sich ein solches den heres fiduciarios treffendes Präjudiz durch eine Unterlassung dieser Art nicht gerechtfertigt sein würde,

Curtius, d. l. §. 804. Not. f. S. 476 f.

so ist auch im vorliegenden Falle der Wittwe sec. fol. — die unbeschränkte Disposition über den gesammten Nachlaß ihres Ehemannes auf ihre Lebenszeit eingeräumt worden.

Allerdings ließe sich noch

c) die Frage aufwerfen, ob, da ein Erblasser über den Nachlaß seines Erben giltigerweise nur insoweit verfügen könne, als dem letzteren aus der Nachlassenschaft des ersteren zugleich Deckung gewähret worden, und der Erbe, wenigstens in der Regel, nach sächsischem Rechte über die Kräfte der Erbschaft nicht gehalten ist, der Abzug der Trebellianischen Quart hier auf ein Mehreres zu erstrecken sei, als was durch das Testament M.'s aus dessen Nachlasse auf seine Ehefrau gelangte, namentlich also nicht auf das zu deren eigener Verlassenschaft gehörige Vermögen; allein auch dieser Zweifel hat zu einer Abänderung der bisherigen Erkenntnisse keine ausreichende Veranlassung dargeboten. In dem Testamente mehrbenannten M.'s ist durch die Worte:

„zu Erben ihres dereinstigen Nachlasses"

in Verbindung mit der vorausgehenden Bestimmung, klar und deutlich die Anordnung getroffen, daß seine Ehefrau nicht bloß das, was ihr aus seinem, des obgedachten Testators, Vermögen zu Theil geworden, soweit es bei ihrem Ableben noch übrig, sondern auch ihr eigenes Vermögen, wie beides vereint ihren künftigen Nachlaß ausmachen würde, den Th.'schen Eheleuten durch Erbeinsetzung zuwenden solle. Hätte es nun auch mit Rücksicht darauf, daß nach Obigem die M. an die in dem Testamente ihres Ehemannes über ihr eigenes Vermögen getroffene Disposition nur insoweit gebunden gewesen, als sie dazu aus dessen Nachlasse Deckung erlangte, nach Befinden derselben freigestanden, ihre diesfallsigen Rechte gegen diese Bestimmung vor Antritt der Erbschaft ihres Ehemannes geltend zu machen, so hat sie dies doch keineswegs gethan, vielmehr sec. fol. — bei Publication jenes letzten Willens ausdrücklich und ohne allen Vorbehalt erklärt, daß sie solchen hiermit anerkennen, demnach den Nachlaß ihres Ehemannes antreten und solchen in aller Beziehung active et passive vertreten wolle. Durch diese Anerkennung des Testaments und den demgemäß erfolgten Erbschaftsantritt erscheint die M., wie schon fol. — nachgewiesen und von dem Oberappellationsgerichte in mehreren ähnlichen Fällen angenommen, namentlich in der im

Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1848 S. 94 ff.

abgedruckten Entscheidung ausführlich dargelegt worden, allerdings verpflichtet, der auch ihr eigenes Vermögen betreffenden Disposition ihres Ehemannes nachzukommen. Nach dieser von dem Testator der Erbin auferlegten und von ihr dem gedachten eigenen Anerkenntnisse zufolge zu erfüllenden Verbindlichkeit bestand das Object des Fideicommisses in dem gesammten Vermögen beider M.'schen Eheleute, wie es zur Zeit des Ablebens der M. vorhanden war, und die Hälfte desselben, in welche Beklagte zu Erben eingesetzt waren, muß daher als derjenige Theil des in Frage befangenen Nachlasses angesehen werden, von welchem denselben, da hier weder ein Erbvertrag, noch ein dem letzteren analog zu beurtheilendes correspectives Testament vorhanden ist, oder, wie schon gedacht, ein diesfallsiges Verbot vorliegt, der Anspruch auf den Abzug des Trebellianischen Viertheils zusteht.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 15. Februar 1856, in S. Rieser w. Kigelin u. Cons.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. f. Sachsen N. F. Bd. 15. H. 5. Nr. 110. S. 402 ff.

VIII.

Streitig ist, ob ein stillschweigender Verzicht des Erben auf die quarta Falcidia anzunehmen sei, wenn der Erbe eines der ausgesetzten Legate voll bezahlt.

Die Meisten meinen, wenn der Erbe von mehreren Legaten einige oder eines voll bezahlt, ohne einen Abzug auf die quarta Falcidia zu machen, so müsse er auch die noch nicht entrichteten Vermächtnisse voll bezahlen, und könne auf die quarta Falcidia keinen Anspruch machen. Nov. 1. c. 3.

Thibaut, System §. 917.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 526.
v. Vangerow, Pand. §. 538.
Sintenis, Civilrecht §. 215. S. 752.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 320.
Schweppe, röm. P.-R. §. 910.

Andere beschränken diese Bestimmung nur auf den Fall, wo der Testator den Abzug der quarta Falcidia verboten habe.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 586. Not. 4.

Andere halten das Gesetz für unvernünftig, und nach richtiger Auslegung der Nov. 1. c. 3 sei deren Inhalt nur davon zu verstehen, daß der Erbe das, was er dadurch gegen jene Legatarien, denen er schon gezahlt, eingebüßt habe, nun nicht den übrigen, welchen er noch nichts ausgezahlt habe, in Anrechnung bringen dürfe.

Puchta, Pand. §. 548. Not. d. §. 549.
Puchta, Vorlef. S. 452.

Siehe hiergegen

Sintenis, Civilrecht §. 215. Not. 48.

Andere meinen, zwar müsse ein Verzicht auf die quarta Falcidia dadurch, daß der Erbe eines der Legate ohne Abzug ausgezahlt habe, folgen; da aber die L. 15. §. 2. L. 16 pr. ad leg. Falcid. 35, 2 in zwei Fällen, nämlich wenn einem und demselben Legatar mehrere

Vermächtnisse ausgesetzt seien und derselbe eines derselben voll bezahle, ferner wenn bei einem Vermächtnisse jährlicher Renten eine oder mehrere Rentenzahlungen ohne Abzug geschehen seien, eine Ausnahme statuirten, correctorische Gesetze aber keine analoge Ausdehnung zuließen, so dürfe noch heutzutage in Fällen der letzteren Art kein Verzicht angenommen werden.

Puchta, Lehrbuch §. 548. Not. d.
v. Vangerow, Pand. §. 538. S. 506.
Arndts im Rechtslex. Bd. 6. S. 321. Not. 337.

Andere meinen, die Vorschrift in Nov. 1. c. 3 sei so generell, daß auch die in L. 15 u. 16 cit. gemachten Ausnahmen des älteren Rechtes nicht als stehen geblieben angenommen werden dürften.

Sintenis, Civilrecht §. 213. Not. 48.

Vgl. Wechselseitige Testamente Contr. 4. Erk. des OAG. zu Celle v. 26. April 1856, desgl. das Präj. zu voriger Contr. v. 15. Febr. 1856.

IX.

Streitig ist, ob die Legate ad pias causas vom Abzuge der quarta Falcidia befreit sind.

Einige meinen, auf Vermächtnisse, welche Kirchen oder zu frommen und wohlthätigen Zwecken ausgesetzt worden, finde der Abzug der quarta Falcidis nicht statt. Nov. 131. c. 12 und im prooem. Vgl. auch L. 49. §. 2. 4. 6. 7 C. 1, 3. Denn solche allgemeine Begünstigung der piae causae liege ganz im Geiste der Novelle, habe auch die Billigung der Glosse für sich, cf. Authent. similiter C. ad leg. Falcid. 6, 50, und sei auch von der Praxis stets anerkannt. Dabei werde aber anerkannt, daß die buchstäbliche Anwendung des Gesetzes auf ein anderes Resultat führe.

Böhmer, jus eccl. prot. lib. 3. tit. 26. §. 26.
Thibaut, System §. 917.
Wenck, Beitrag zur Beurth. des Städel'schen Beerbungsfalles Nr. 7.
Puchta, Lehrbuch §. 549.
Voet, Comm. ad P. 35. 2. Nro. 16.
v. Vangerow, Pand. §. 538. Not. Itt. 6.
Brann, Dictate S. 712.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 587.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 94 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 820.
Sintenis, Civile. §. 215. S. 753.

Diese Ansicht befolgte das vormalige sächsische AG. im J. 1829, in S. Schneider's w. Stadtrath zu Reichenbach.

Andere lassen diese Beschränkung nur dann eintreten, wenn der Erbe die Auszahlung eines solchen Vermächtnisses verweigert habe.

Schilter, exerc. ad P. ex. 39. §. 132.
Scholtiog ad Pauli recept. sent. 4. 3. §. 3.
Schweppe, röm. P.-R. §. 910.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 526.

und besonders

Mühlenbruch, Beurth. des Städel'schen Beerbungsfalles S. 248.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 145. Bd. 39. S. 459. Not. 7.

Andere meinen, nach der Theorie seien Vermächtnisse der piae causae von dem Abzuge der Quart nicht befreit. Die Nov. 131. c. 12, worauf die Authent. sich stütze, beweise eher wider als für ein solches Privilegium. Der Zusammenhang des Gesetzes sei folgender: wenn der Testirer nicht etwa die Stiftung einsetzt, sondern einen Dritten mit der Bestimmung, daß die Erbschaft oder ein Vermächtniß zu milden Zwecken verwandt werden solle, der Erbe aber verweigert die Ausführung des letzten Willens, indem er behauptet, es reiche das Hinterlassene zu dem bestimmten Zwecke nicht hin, so soll der Bischof rc. diesen Zweck ausführen, der Erbe aber das Recht verlieren, die Falcidia abzuziehen. Hierdurch sei jedenfalls die Regel, daß auch von Vermächtnissen zu frommen Zwecken die Falcidia zu kürzen sei, anerkannt, indem der Verlust von der Voraussetzung abhängig gemacht sei, daß der Erbe die Erfüllung weigere; daraus folge, wenn er sich nicht weigere, so bleibe ihm das gesetzliche Abzugsrecht.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 459. Not. 7.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 887.

Präjudiz 1.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

1) Von einem Erbschaftsbetheiligten, welcher mit dem Gegenbetheiligten Miterbe ex re certa geworden, kann nach Nov. 1. cap. 2. §. 2 nicht noch die Falcidische Quart in Abzug gebracht werden*).

2) Bei Zuwendungen an eine pia causa findet nach einer constanten, sich auf die Bestimmungen der

Nov. 131. cap. 12. Authent. similiter Cod. ad leg. Falcid. 6, 50.
Const. 49. §. 2. 4. 6. 7 de episc. et cler. 1, 3.

gründenden Praxis der Abzug der Falcidischen Quart nicht statt.

Erk. des OTr. zu Berlin v. 14. Nov. 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 63.

*) In dem bei Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 9 aufgeführten Falle wollten die als Miterben auf res certas beschränkten Nachlaßbesitzer von dem zur Stiftung bestimmten Erbgute die Quart abziehen.

X.

Nimmt man an, daß die quarta Falcidia bei Legaten ad pias causas nicht stattfinde, so streitet man, wie die quarta Falcidia bei der Concurrenz von Legaten ad pias causas mit sonstigen Legaten zu berechnen sei.

Einige meinen, wenn einige Legate ad pias causas, andere für sonstige Personen constituirt seien, so müßten die der quarta Falcidia nicht unterworfenen Legate ad pias causas von der ganzen Erbschaft, gewissermaßen als Erbschaftsschuld, in Abzug gebracht werden, dergestalt, daß die quarta Falcidia erst von dem bleibenden Ueberschusse der Erbschaftsmasse für die Erben zu berechnen sei.

Wernher, Vol. 5. obs. 92.
Voet, Comm. ad P. 53. 2. §. 26.
Thibaut, System §. 918. vgl. mit §. 917.

Andere meinen, der Erbe müsse die ihm gebührende quarta Falcidia von der ganzen Erbschaftsmasse und sodann von dem bleibenden Ueberschusse der letzteren die legata ad pias causas abziehen; der Rest sei den übrigen Legatarien zur verhältnißmäßigen Befriedigung zu überlassen; mithin sei die Quart, welche bei den Legaten ad pias causas nicht in Abzug komme, den

übrigen Legatarien allein zur Last zu setzen. Denn Legate seien keine Schulden, sondern Liberalitäten, bei denen der Erblasser durch die lex Falcidia zum Vortheil der Erben beschränkt sei; wo diese Beschränkung wegfalle, da leide bloß der Erbe.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 35. 2. §. 25.
Klein, Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit Th. 9. S. 381.
Mackeldey, Lehrbuch §. 720.

XI.

Streitig ist, ob der Legatar, wenn der Erblasser ein debitum oder eine dos höher angegeben hatte, als sie wirklich betrug, von dem Mehrbetrage den Abzug der quarta Falcidia sich gefallen lassen müsse.

Einige meinen, der Legatar müsse sich auch von dem Mehrbetrage den Abzug der Quart gefallen lassen; denn wenn der Erblasser dem Legatar auch gar nichts schuldig war, so könne dieser dennoch den Betrag oder Gegenstand fordern. L. 75. §. 1 D. de leg. I. L. 25 D. de lib. leg. L. 88. §. 10 D. de leg. II.

Breuning in diss. an quarta Falcidia locum habeat in praeleg. dote.
Rosacker, princ. jur. civ. §. 1512.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 338.

Andere meinen, die Frage sei zu verneinen, denn bei dem legatum debiti falle natürlich der Abzug soweit weg, als der Legatar das Seinige bekomme. Wegen der Vortheile der früheren Zahlung könne allerdings der Erbe das interusurium berechnen und davon die Quart abziehen. Hieraus lasse sich aber nicht schließen, daß der Legatar sich einen Abzug gefallen lassen müsse, wenn der Erblasser die Schuld größer angegeben habe, als sie wirklich sei.

Thibaut, System §. 917.
Weber in Höpfner's Instit. §. 599. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 817.

XII.

Streitig ist, ob die von dem Erblasser geschehene Schätzung eines Legats für den Erben maßgebend sei.

Einige behaupten dies wegen Nov. 1. c. 2. §. 2.

Böhmer, de differ. legat. puror. et non puror. praecipue intuitu quartae Falcidiae, in exerc. ad P. T. V. ex. 79. §. 26.

Andere verneinen dies wegen L. 15. §. ult. D. ad leg. Falcid. 35, 2, vielmehr seien Legate nach ihrem wahren Werthe ohne Rücksicht auf die Schätzung des Testirers zu berechnen.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 526.

XIII.

Ueber die Frage, ob der Abzug der quarta Falcidia nach dem Verkaufspreise oder nach dem Taxationspreise ausgemittelt werde, spricht sich ein Erkenntniß des OAG. zu **Cassel** vom 12. October 1833 wie folgt aus:

Präjudiz 1.

Ein den Legataren zu machender Abzug kann nicht darauf gegründet werden, daß der Erbe, welcher Gegenstände des Nachlasses verkauft hat, von einem Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt erhalten habe, da zum Zwecke der Ausmittelung des Anspruchs auf die Falcidische Quart ebenso, wie bei der Feststellung des Pflichttheils lediglich die Abschätzung der Erbschaftsgegenstände,

vgl. §. 2 Inst. ad leg. Falcid. 2, 22 mit fr. 42. 62. §. 1. fr. 63 eod. 35, 2.

nicht aber der Verkauf der Erbschaftsgegenstände verlangt werden kann.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 42.

XIV.

Streitig ist, ob die quarta Falcidia auch bei untheilbaren Sachen in Abzug komme.

Einige verneinen dies.

Müller ad Struv. tit. ad leg. Falcid. th. 6. lit. v.

Andere bejahen die Frage wegen deutlicher Vorschrift der L. 7 D. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 80. §. 1 eod.

Wernher, lect. comm. ad P. 35. 2 in f.
Müller, promt. T. IX. p. 2734. sub 26.
Thibaut, System §. 918.

XV.

Wenn ein usuafructus oder jährliche Alimente vermacht sind, so streitet man, wie bei der Berechnung der quarta Falcidia zu verfahren sei.

Die Meisten meinen, es müsse zuvörderst die wahrscheinliche Lebensdauer berechnet werden, dabei die L. 68 pr. ad leg. Falcid. zum Grunde gelegt*) und zugleich das Interusurium der späteren Zahlungstermine beachtet werden. Sei demnächst aber die Sache factisch entschieden, so rectificire man diesen vorläufigen Anschlag, zahle nach oder fordere zurück.

Schweppe, röm. P.-R. §. 907.
Mackeldey, Lehrbuch §. 716.
Konopack, Beiträge zu der Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 332.

Andere meinen, bei dem legato alimentorum und dem legato annuo sei die in L. 68 cit. erwähnte erstere Berechnungsart, beim legato usuafructus aber die zweite Berechnungsart der L. 68 cit. zur Anwendung zu bringen.

Fritz in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 298.

Andere meinen, es lasse sich nicht behaupten, daß die Interessenten auf die eine oder andere der vorstehenden Modalitäten ein bestimmtes Recht hätten; das Gesetz enthalte nur rechtliche Möglichkeiten, über deren Anwendung im Einzelfalle der Richter zu arbitriren habe,

Sintenis, Civilrecht §. 215. Not. 19.

wie denn überhaupt, der Erfahrung nach, heutzutage die wahrscheinliche Lebensdauer eine andere sei, wie in L. 68 cit.**)

---

*) Nach L. 68 cit. lebt ein Legatar, der noch nicht 20 Jahr alt ist, noch 30 Jahr; ist er unter 25 Jahren, noch 28; ist er unter 30 Jahren, noch 25; ist er unter 33 Jahren, noch 22; ist er unter 40 Jahren, noch 20; ist er unter 50 Jahren, noch soviel, als ihm an 59 fehlen; ist er unter 55 Jahren, noch 9; ist er unter 60 Jahren, noch 7; ist er älter, immer noch 5 Jahre. — Zugleich wird in diesem Gesetze bemerkt, es sei gewöhnlich, bei Jemandem unter 30 Jahren noch 30 Jahre, bei Jemandem über 30 Jahre noch soviel Jahre, als ihm an 60 fehlen, als wahrscheinliche Lebensdauer anzunehmen.

**) Nach Süßmilch's Berechnung wird leben:

ein neugeborenes Kind	34	Jahre	6	Monate.
" Mensch von 1 Jahre	41	"	9	"
" " " 3 Jahren	45	"	7	"
" " " 5 "	46	"	4	"

Grönewegen ad L. 68 D. ad L. Falcid.
Hommel, Rhapsod. obs. 741.

Vgl. auch
Gesterding, Nachforsch. Th. 1. S. 364.

Vgl. Contr. 16. 17. 18. 19. 20. 21 und die bei Contr. 21 angeführten Präjudize.

XVI.

Für Berechnung der muthmaßlichen Lebensdauer eines Menschen — sei es zum Zwecke des Abzugs der quarta Falcidia oder in Beziehung auf sonstige Rechtsverhältnisse — existiren fünf Stellen: L. 68 D. ad leg. Falc. L. 8. §. 10 D. de transact. L. 1. §. 9 D. ad leg. Falc. L. 47 eod. L. 55 eod.

Streitig ist, unter welchen Voraussetzungen die eine oder andere Gesetzesstelle) zur Anwendung komme, und welcher von ihnen nach römischem Rechte der Vorzug bei der Anwendung zu geben sei.*

Einige stellen die citirten Gesetze bloß referirend neben einander, und bemerken: In Ansehung des Falles, wenn die Größe des Legats von künftigen Begebenheiten abhängt, haben die Gesetze *mancherlei* Rechnungsarten,

Thibaut, System §. 767 a. E. (7. Ausg.)

oder auch wohl: Bei Leistungen auf Lebenszeit gibt es *mehr als einen* Ausweg; man kann einstweilen u. s. w., L. 1. §. 16 cit., man kann aber auch u. s. w., L. 55 cit., oder man mag die Dauer u. s. w., L. 68 cit.

Duaren in Pand. Comm. ad leg. Falcid. cap. 8. p. 568.
Huber, praelect. jur. civ. lib. 35. tit. 2. §. 3.
Donellus, Comm. de jure civ. lib. 8. c. 24. §. 23.
Göschen, Vorles. über das Civilr. Bd. 3. §. 1034. S. 611.

Andere unterscheiden zwei Hauptfälle, worauf die Gesetze zu beziehen seien, nämlich einmal, wo der Legatar, welchem lebenslänglich dauernde Einkünfte vermacht sind, der *Einzige* sei, und sodann, wo dem Erben zugleich Vermächtnisse an *Andere* auferlegt seien; nur von letzterem Falle solle die L. 55 und von ersterem die L. 47 cit. zu verstehen sein, und demnach in *jenem* die Berechnung *sogleich* nach dem Preise, wofür das Legat veräußert werden könnte, geschehen, in *diesem* einstweilen das Ganze geleistet werden, und erst wenn es an diejenige Leistung komme, durch welche die Quart verletzt werden würde, eine Verminderung der früheren Leistungen rückwärts eintreten.

Fritz im Magazin von Grolmann und Löhr Bd. 4. S. 301.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 552.

Jedoch weichen die Anhänger dieser Ansicht darin von einander ab, daß Einige dieselbe Unterscheidung bei dem legatum alimentorum und analog auch bei dem legatum ususfructus eintreten lassen, und nur in dem Falle, wo auch bei *diesen* Legaten nach den übrigen Stellen eine *alsbaldige* Berechnung überhaupt stattfinde (also wenn der Legatar nicht der einzige ist), eine Berechnung der Lebensdauer nach L. 68 statthaben solle:

Fritz, a. a. O.
Mackeldey, Lehrbuch §. 719.

wogegen Andere jene Unterscheidung und die davon abhängige Anwendung der in L. 47 und L. 55 angegebenen Berechnungsweise auf die annua legata beschränken, und die Legate der Alimente und des Nießbrauches der in L. 68 dargebotenen Berechnungsart unterwerfen.

Roßhirt, a. a. O.
Vgl. jedoch damit den Zusatz Roßhirt's zur 12. Ausg. des Mackeldey'schen Lehrb. S. 648.

Andere gehen von folgenden historischen Betrachtungen aus: Nach dem älteren Rechte *vor* Paulus war es üblich, bei der Bestimmung der Falcidischen Quart in Beziehung auf bedingte Legate diese einer Werthschätzung nach dem Verkaufspreise zu unterwerfen, cf. L. 45. §. 1 D. ad leg. Falcid. Der Zeit *vor* Paulus gehöre nun auch die von Marcellus herrührende L. 55 eod. an, und es sei daher vorauszusetzen, daß auch über die darin für legata annua noch angenommene Veranschlagung, quantum venire possint, von Paulus das nämliche Urtheil gefällt sein würde, wenn ihm dazu Veranlassung gegeben wäre. Zu Paulus' Zeiten erscheine es nämlich als allgemeine Regel, daß bei einer Ungewißheit darüber, ob nicht durch ein gewisses Vermächtniß die quarta Falcidia gefährdet werde, die Auszahlung desselben nur gegen Caution zu geschehen brauchte, damit nicht, wenn erst in der Zukunft eine Verletzung an der Quart sich ergäbe, der Anspruch des Erben auf Zurückforderung des Zuvielgezahlten durch die Insolvenz des Legatars vereitelt werde, L. 1 pr. §. 9 D. si cui plus; und diese Regel sei auch auf den Fall des Zusammentreffens bedingter Legate mit unbedingten in Ansehung der letzteren angewendet, L. 1. §. 7 eod. L. 73. §. 2 ad leg. Falc. Als bedingte Legate seien nun auch die legata annua betrachtet, und daher auch bei ihnen die Regel der Cautionsleistung zur Anwendung gebracht, L. 1. §. 16 D. ad leg. Falc.

---

ein	Mensch	von	10	Jahren	44	Jahre	9	Monate.
"	"	"	15	"	41	"	6	"
"	"	"	20	"	38	"	3	"
"	"	"	25	"	35	"	3	"
"	"	"	30	"	32	"	3	"
"	"	"	40	"	26	"	6	"
"	"	"	45	"	23	"	—	"
"	"	"	50	"	20	"	11	"
"	"	"	55	"	17	"	—	"
"	"	"	60	"	14	"	2	"
"	"	"	65	"	11	"	5	"
"	"	"	70	"	8	"	11	"
"	"	"	75	"	6	"	8	"
"	"	"	80	"	4	"	10	"
"	"	"	85	"	3	"	3	"
"	"	"	90	"	2	"	—	"

*) Die L. 68 cit. stellt einen *allgemeinen*, auf alle und jede Individuen nach ihrer verschiedenen Altersstufe anwendbaren Maßstab auf; die L. 8 cit. unterscheidet sich ihrem Inhalte nach von der L. 68 cit. insoweit, als zufolge derselben bei der Berücksichtigung der längeren oder kürzeren Lebensdauer, wonach sich das Interesse der Betheiligten bei einem abzuschließenden Rechtsgeschäfte bestimmt, auf den *persönlichen Zustand* des Individuums, — dessen actus und valetudo — gesehen werden soll. Die L. 1. §. 9 cit. bezieht sich speciell auf das Vermächtniß des Nießbrauchs; die L. 47 pr. betrifft den Abzug der Falcidischen Quart, indem sie für Fälle eines Vermächtnisses jährlicher Leistungen den Abzug der Quart nicht nach einem sofort vorzunehmenden Werthanschlage zuläßt, vielmehr denselben erst von dem künftigen Ergebnisse der Lebensdauer des Legatars abhängig macht; die L. 55 cit. stimmt ihrem Inhalte nach mit der L. 68 im Ganzen überein, weicht aber insofern ab, als sie den Preis, wofür das Legat im Ganzen *verkauft* werden könnte, veranschlagt.

Bei dem legatum annuum sei nun aber die natürliche Verschiedenheit von dem legatum conditionale eingetreten, daß bei diesem von einer Zahlung an den Legatar, und also auch von einer Berechnung der Quart ihm gegenüber, gar keine Rede sein konnte, bis das bedingende Ereigniß eingetreten war, wodurch ein solches Legat dann die Eigenschaft eines unbedingten angenommen habe, bei jenem hingegen sogleich und jedes weitere Jahr, so lange der Legatar lebte, Zahlungen geleistet werden müßten, gleichwohl es von dessen völlig ungewisser Lebensdauer abgehangen habe, ob dadurch und in welchem Grade der Erbe in der ihm gebührenden Quart verletzt werde; eine Cautionsleistung habe es in diesem Falle zur Sicherstellung des Erben nicht bedurft, denn er habe ja nur, sobald die fortgesetzte Auszahlung des jährlichen Legats seiner Quart Eintrag gethan, damit einzuhalten und nunmehr eine desfallsige genaue Berechnung, zugleich mit den übrigen Legataren zu veranlassen brauchen, woraus sich dann ergeben habe, ob das jährliche Legat noch ferner und in welcher nach dem Ergebnisse der Berechnung geminderten Summe zu zahlen sei. Dies habe die L. 47 ad leg. Falcid. vorgeschrieben. — Alle diese Bestimmungen zum Zwecke der Ausmittelung der Faleidischen Quart bei bedingten und jährlichen Legaten hätten jedoch auf der Voraussetzung einer dadurch zu bewirkenden bloß provisorischen Auskunft (L. 55 cit.) beruht, die erst zu der Zeit, wo das wirkliche Vorhandensein einer Schmälerung der Quart mit Gewißheit zu beurtheilen gestanden, eine definitive Regelung des betreffenden Verhältnisses zwischen Erben und Legataren zur Folge gehabt habe. Die Rechnung nach L. 47 cit. sei deshalb zu künstlich und deshalb unanwendbar (vgl. Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. §. 1310 u. 1312). Sobald man daher die zur Bestimmung der muthmaßlichen Lebensdauer dienende Mortalitätstabelle Ulpian's in L. 68 cit. kennen gelernt habe, habe man davon auch bei der Berechnung der Faleidischen Quart in Ansehung der auf Lebenszeit vermachten Legate vorzugsweise Gebrauch gemacht; man könne also diese Mortalitätstabelle, nachdem sie von Justinian zu dem Zwecke der Berechnung der Falcidia in die Pandekten aufgenommen sei, auch als den allgemein anwendbaren Maßstab bei allen Arten der Vermächtnisse, deren Betrag und Werth von der längeren oder kürzeren Lebensdauer des Legatars abhängig sei, gelten lassen.

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 307 f.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 558.

XVII.

Streitig ist der heutige Gebrauch der L. 68 ad leg. Falcid. bei Ermittelung der quarta Falcidia (vgl. Contr. 21).

Einige leugnen den heutigen Gebrauch der L. 68 cit. überhaupt und nehmen an, daß der Werth der jährlichen Legate nach den Gebräuchen der betreffenden Gegend, Provinz und dergleichen, wo solche feststånden, veranschlagt werden müßte; eventuell komme das arbitrium boni viri zur Geltung. Hierbei wird dann auf L. 55 und L. 63 ad leg. Falcid. Bezug genommen.

Gröncwegen, tract. de legib. abrogatis lib. 35. tit. 2. ad L. 68 hereditatium.
Voet, Comm. ad P. lib. 35. tit. 2. §. 7.
Hommel, Rhapsod. quaest. T. VI. obs. 741.

Vgl. auch
Gesterding, Nachforsch. Th. 1. S. 368.

Die Meisten bestimmen sich **für** die heutige Giltigkeit der L. 68 cit. als gesetzlicher Norm zur Bestimmung der muthmaßlichen Lebensdauer des Menschen.

Wernher, obs. for. T. II. P. VII. obs. 10.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1515.
Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 2. Absch. 3. S. 93.
Hufeland, Civilrecht §. 1268. Not. 2.
Fritz, Erläut. zu Wening's Lehrb. H. 1. S. 135.
Hugo, Lehrb. des röm. Rechts Ausg. 5. §. 16.
Gottschalk, discept. for. cap. 15. p. 160.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 1. §. 61. S. 148. Bd. 5. §. 907. S. 328.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch Bd. 1. §. 58. Bd. 3. §. 526.
Kori, Erörterungen Th. 3. St. 12.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 730.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 553.
Puchta, Lehrbuch §. 537.
Mackeldey, Lehrbuch §. 719.
v. Vangerow, Pand. §. 536.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 332.

XVIII.

Wenn man die L. 68 ad leg. Falcid. für das heutige Recht auch für anwendbar hält, so streitet man doch, ob und inwieweit die beiden in dem Gesetze enthaltenen Berechnungsarten*) — die umständlichere des Ulpian, oder die kürzer gefaßte des Macer — **anzuwenden seien.**

Einige verweisen bloß im Allgemeinen auf die L. 68 cit., ohne einer Verschiedenheit der beiden in derselben neben einander gestellten Berechnungsarten nur zu gedenken.

Barger, oecon. juris lib. 2. tit. 4. §. 31. not. 4.
Hellfeld, jurisprud. for. §. 1575. not. **
Hufeland, Civilrecht §. 1268.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 526.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 332.

Andere erwähnen zwar der Verschiedenheit, ohne sich jedoch von dem Verhältnisse der einen Berechnungsweise zu der anderen auszusprechen.

---

*) L. 68 cit.: Aemilius Macer lib. 2. ad leg. vicesimam hereditatum. Computationi in alimentis faciendae hanc esse formam, Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum 30 annorum computetur, ejusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero 25 usque ad annos 30 annorum 25; ab annis 30 ad annos 35 annorum 22; ab annis 35 usque ad annos 40 annorum 20; ab annis 40 usque ad annos 50 tot annorum computatio fit, quot aetati ejus ad annum 60 deerunt, remisso uno anno; ab anno vero 50 usque ad annum 55 annorum 9; ab anno 55 usque ad annum 60 annorum 7; ab annis 60, cujusque aetatis sit, annorum 5. Eoque nos jure uti Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen, a prima aetate usque ad annum 30 computationem annorum 30 fieri; ab annis vero 30 tot annorum computationem inire, quot ad annum 60 deesse videtur. Nunquam ergo amplius quam 30 annorum computatio initur. Sic denique, et si reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, 30 annorum computatio fit.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. S. 902.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1515.
Mackeldey, Lehrbuch §. 719.

Andere wollen die Macer'sche Berechnung als die gesetzlich anerkannte gelten lassen, und zwar ohne Weiteres, als das einfache Ergebniß der L. 68 cit.

Donellus, Comment. de jure civ. lib. 8. c. 24. §. 23.
Bruonemano, Comm. ad P. 35. 2. ad leg. 68 cit.
J. H. Böhmer, de differ. legator. puror. et non puror. §. 27. in exerc. ad Pand. T. V. p. 195.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, weil die Macer'sche Berechnung einfacher sei,

Duaren in Pand. Comm. ad leg. Falc. c. 8. p. 568.
Huber, praelect. ad P. 35. 2. §. 3.
Bernegger in diss. ad L. 68 D. ad leg. Falc. §. 15. p. 38.

sowie, weil die römische sowie die deutsche Praxis bei der vorläufigen ungefähren Schätzung eines auf Lebenszeit eingeräumten Rechts die von Macer aufgestellte Regel anwenden.

Valett, Pand.-R. Bd. 1. §. 47.
Schweppe, röm. P.-R. Bd. 1. §. 61. S. 148.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 750.
Gesterding, Nachforsch. Th. 1. S. 368.

Andere erinnern hiergegen, daß das wunderbare Resultat sich herausstellen würde, daß ein Mensch von 59 Jahren nur noch ein Jahr leben würde, sowie daß über den Lebensabschnitt nach 60 Jahren die Macer'sche Berechnungsart ganz schweige; und wenn man die Macer'sche Berechnung rücksichtlich der Lebensabschnitte nach 60 Jahren durch die Ulpian'sche Berechnung ergänzen wollte, so würde es doch gegen alle juristische Wahrscheinlichkeit und somit gegen alle Grundsätze der logischen Interpretation streiten, wenn man annehmen wollte, daß die so umständliche Mortalitätstabelle Ulpian's ihrem ganzen, zum Theil antiquirten Inhalte nach bloß zu dem Zwecke in das Gesetz aufgenommen sein sollte, um eine einzelne von den vielen Bestimmungen derselben zur Ergänzung der Berechnungsweise des Macer zu erklären.

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 324.

Es sei deßhalb folgender Ausweg zu empfehlen: Die ganze L. 68 cit. müsse nämlich in zwei Abschnitte getheilt und diese mit einander verbunden werden; der erste Theil enthalte den von Macer referirten Hauptsatz Ulpian's, welcher die bei der Anwendung der lex Falcidia auf legirte Alimente überhaupt zu beobachtende Berechnungsweise angebe und mit den Worten: annorum quinque schließe; der andere Theil beginne mit dem bloß referirenden Satze: Eoque nos jure uti ait Ulpianus et circa computationem ususfructus faciendam, mit welchem sodann Macer das eigene Anführen: Solitum est tamen etc. verbinde; so besage dieser zweite Abschnitt, ohne der Anerkennung des ersten Eintrag zu thun, nichts weiter, als daß auch das Vermächtniß des Nießbrauchs der nämlichen Regel der Berechnung, welche von den legirten Alimenten überhaupt gelte, dem Rechte nach unterworfen, in der Anwendung auf diesen besonderen Gegenstand aber die einfachere Berechnung des Macer üblich geworden sei. — Die Richtigkeit dieser Auslegung werde durch die weitere Bestimmung: Sic denique et si reipublicae ususfructus legetur etc. unterstützt. Auch die Basiliken lib. 41. tit. 1. §. 67 und der Epitomator Cyrillus bestätigten die Richtigkeit dieser Ansicht, und schon die Glosse befolge dieselbe.

Meier, coll. jur. argent. 35. 2. §. 17. Nro. 8.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 35. 2. §. 14.
Gottschalk, disc. for. c. 15. p. 160.
Fritz in Grolmann u. Löhr's Magazin Bd. 4. §. 12.
Kori, Erört. prakt. Rechtsf. Th. 3. St. 12.
Konopack, Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcid. Quart S. 6. Not. 4.
Noodt, de usufr. lib. 2. c. 6. p. 396.
Hugo, Lehrb. des röm. Rechts §. 16.
Schömann, Handb. des Civilr. Bd. 2. S. 95.

Andere erinnern gegen das Auskunftsmittel, die beiden in der L. 68 angegebenen Tabellen mittelst der Beziehung der einen auf die legirten Alimente, der anderen auf das Vermächtniß des Nießbrauchs zu erklären, daß in dem Gesetze ein solcher Unterschied, der an sich nicht gut zu begreifen sein würde, auf keine Weise angedeutet sei.

Roßhirt, von den Vermächtnissen Bd. 1. S. 559.

Hiergegen vgl.

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 331.

XIX.

Streitig ist, ob das aus der Anwendung der einen oder der anderen der in L. 68 ad leg. Falcid. angegebenen Berechnungsarten sich ergebende Resultat unter den Betheiligten definitiv oder nur provisorisch gelte.

Einige meinen, nur provisorisch sei das Resultat der Berechnungsart anzuwenden, und der Werth des Legats nachträglich definitiv, beim Tode des Legatars, festzustellen:

Donellus, Comm. lib. 8. c. 22 in f.

bis dahin solle Cautionsleistung nach L. 73. §. 1 ad leg. Falcid. eintreten.

J. H. Böhmer, de differ. legator. puror. et non puror. §. 27.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 332.
Schweppe, röm. P.-R. §. 907.
Valett, Pand.-R. §. 1177, vgl. mit §. 47.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch Bd. 3. S. 367.
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 611.

Andere wollen die L. 47 ad leg. Falcid. mit der L. 68 eod. dergestalt in der Anwendung verbinden, daß hiernach die betreffenden Legate so lange unverkürzt auszuzahlen seien, bis der Legatar $^3/_4$ der ihm nach der L. 68 muthmaßlich zukommenden Lebensdauer erreicht habe, daß alsdann aber die Berechnung der Falcidischen Quart nachgeholt werde.

Voet, Comm. ad P. 35. 2. §. 17.

Andere nehmen eine definitive Wirksamkeit der L. 68 cit. an.

Roßhirt, Civilrecht Th. 3. S. 306.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 560.
Fritz in Grolmann und Löhr's Magazin Bd. 4. §. 14.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch Ausg. 5. Bd. 3. S. 425.
Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 334 f.

XX.

Streitig ist, ob bei der Berechnung der Falcidischen Quart nach der muthmaßlichen Lebensdauer des Legatars der Erbe, welcher die Quart sogleich zu fordern hat, sich

nicht bei jener Berechnung das interusurium abziehen lassen müsse.

Einige meinen, man müsse bei der Anwendung der in der L. 68 ad leg. Falcid. enthaltenen Grundsätze das interusurium der späteren Zahlungstermine beachten.

Mejer in Schweppe's röm. P.-R. Bd. 5. S. 328.

Andere nehmen dasselbe in der zweifachen Richtung an, daß die Discontoberechnung sowohl bei der Auffindung der Größe des Legats als bei der Vertheilung des Abzugs auf die einzelnen Jahre in Betracht zu nehmen sei.

Roßhirt zu Mackeldey's Lehrbuch Bd. 2. S. 648.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 650.

Vgl. hiergegen

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 338.

XXI.

Streitig ist der Umfang der praktischen Anwendung der L. 68. §. 1 ad leg. Falcid. im heutigen Rechte überhaupt (vgl. Contr. 17).

Einige wenden die L. 68 auf legata incertae aestimationis überhaupt an.

Günther, princ. jur. Rom. §. 893 in f.

Andere auf Alimente und andere terminliche Prästationen oder Nutzungen, welche Gegenstand eines Vermächtnisses seien.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 730.

Andere meinen, daß durch die in der L. 68 cit. enthaltene Tabelle die wahrscheinliche Lebensdauer in Ansehung der Rechte auf Lebenslang im Allgemeinen bestimmt worden sei.

Hugo, Lehrbuch des röm. Rechts §. 16.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Ausg. 4. Bd. 1. §. 58.

Andere meinen, die Praxis befolge die Regel des Macer bei der vorläufigen ungefähren Schätzung eines auf Lebenszeit eingeräumten Rechts.

Valett. Pand.-R. Th. 1. §. 47.

Andere lassen die L. 68 cit. in Verbindung mit L. 8. §. 10 D. de transact. auf die Schätzung des Werthes jährlicher Renten bei deren Ankauf anwendbar erscheinen.

Gail, pract. obs. lib. 2. c. 9. §. 4.
Brunnemann, Comm. ad P. 35. 2. Nro. 5.
Stryk, usus mod. 35. 2. §. 9.

Andere sprechen sich für die Anwendbarkeit der L. 68 cit. auf andere Verhältnisse als den Abzug der quarta Falcidia aus, unter Bezugnahme auf zwei Erkenntnisse einer Facultät, deren eines die Schätzung des auf Lebenszeit legirten Nießbrauches zum Zwecke der Berechnung des Pflichttheils, das andere die Bestimmung des Werths des auf einem Hause ruhenden lebenslänglichen Auszuges zum Gegenstande hat:

Wernher, observ. for. T. II. P. VII. obs. 10.

Siehe auch

Schömann, Civilrecht Bd. 2. S. 95.

sowie unter Bezugnahme auf ein solches Erkenntniß, wonach die L. 68 cit. auf die Schätzung einer auf Lebenszeit versprochenen Leistung zum Zwecke der Erforschung einer Verletzung über die Hälfte angewandt wurde,

Mencke, syst. jur. civ. 35. 2. §. 7.

wogegen sich jedoch erklären

Biener, opusc. acad. Vol. II. Nro. 31. p. 161.
Hänsel, Lehre vom Auszuge §. 5. S. 47.

Andere theilen mit, daß das Oberappellationsgericht Celle die L. 68 cit. auf die Veranschlagung der Lebensdauer bei Bestimmung der den Nachgelassenen eines Getödteten von dem Thäter zu leistenden Alimente angewendet habe.

Struben, rechtl. Bedenken Th. 2. S. 270.

Andere wenden die Grundsätze der L. 68 cit. auch auf die Werthsbestimmung von Auszugsleistungen zum Zwecke der Berechnung des Laudemiums in Veräußerungsfällen an.

Zachariae, liber quaest. qu. 12. §. 7.
Gottschalk, discept. for. p. 160.
Hänsel, Lehre vom Auszuge.
Kori, Erört. Bd. 3. S. 101.

Präjudiz 1.

Der Landgraf von Hessen-Rotenburg hatte in seinem Testamente seinem Leibarzte Dr. P. die lebenslängliche Beziehung aller ihm in dieser Eigenschaft zugesicherten Vortheile als Vermächtniß ausgesetzt. Aus dieser letztwilligen Disposition klagte der Legatar auf Vollziehung des Vermächtnisses und desfallsige Cautionsleistung, verband damit auch ein Gesuch um Arrestanlage.

Das OAG. Cassel erkannte unterm 28. October 1840, daß die von dem Beklagten zu leistende Caution nach Maßgabe einer 60jährigen Lebensdauer des Klägers (zufolge der Macer'schen Berechnung) zu bestimmen sei, „indem die bei Verschollenen gegebene Befugniß zum Antrage auf Todeserklärung nach dem Ablaufe des 70. Lebensjahres als eine allgemeine Anordnung für die vermuthliche Lebensdauer Abwesender sich nicht ersehen läßt, — vielmehr im vorliegenden Falle, wo von einem Legate und von einer vorläufigen Annahme für die Lebensdauer des Legatars die Rede ist, die in der L. 68 ad leg. Falc. bei Berechnung der Falcidischen Quart hinsichtlich der Lebensdauer der Legatare angenommenen Grundsätze analoge Anwendung finden, — und hiernach die vermuthliche Zeit, für welche der am 22. Januar 1802 geborene Kläger, von Zeit der Klage (13. März 1837) an gerechnet, das Legat zu beziehen haben würde, einen 25jährigen Zeitraum umfaßt."

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 349.

Präjudiz 2.

Nachdem der Tagelöhner B. wegen verschuldeter Tödtung des P. durch ein Criminalerkenntniß zu einer im Civilverfahren zu liquidirenden Entschädigung an die Hinterlassenen des Getödteten verurtheilt worden, klagten Letztere wider jenen auf Leistung der Alimente auf soviel Jahre, als der Getödtete nach der für das 70jährige Alter eines Menschen bestehenden Vermuthung noch würde gelebt haben; wogegen der Beklagte auf den Grund der in der L. 68 ad leg. Falcid. enthaltenen, ganz allgemein aufgestellten Sterblichkeitstabelle die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten, welcher zur Zeit seines (im Jahre 1825) erfolgten Todes 28 Jahr alt gewesen, noch auf 25 Jahr annimmt.

Das Gericht erster Instanz erkannte dem Klagantrage gemäß; das Obergericht erkannte auf die Dauer von 30 Jahren: „in Erwägung, daß weder die Analogie der L. 68 ad leg. Falcid., noch die Annahme des Gerichtsgebrauchs rücksichtlich der Lebensdauer bei Verschollenen auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, indem beide auf besonderen Voraussetzungen der Rechtsinstitute, auf welche sie sich beziehen, beruhen; vielmehr die Dauer der Alimentationspflicht nach Maßgabe des Alters und Gesundheitszustandes des Getödteten, sowie der Dauer seiner Fähigkeit, in dem Stande, welchem er angehört, fortwährend zu erwerben, nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist, — hiernach aber vorliegend, wo insbesondere rücksichtlich des Gesundheitszustandes des Getödteten eine Abweichung von der Regel nicht behauptet ist, die Dauer von 30 Jahren angemessen erscheint."

Dies Erkenntniß wurde vom OAG. zu Cassel unterm 20. September 1834 nur soweit abgeändert, daß noch der Klägerin Beweis darüber auferlegt ward: wie lange ihr verstorbener Ehemann, wenn er am Leben geblieben wäre, nach

Maßgabe des bei seinem Tode erreichten Alters, seines Gesundheitszustandes und des von ihm getriebenen Gewerbes, einen zur Bestreitung des fraglichen Unterhalts der Klägerin geeigneten Verdienst hätte haben können: „in Erwägung, daß der Entscheidungsgrund des Obergerichts, daß weder die Analogie der L. 68 cit., noch die des hinsichtlich der Verschollenen bestehenden Gerichtsgebrauchs, sondern lediglich (nach L. 8. §. 10 D. de transact.) die Berücksichtigung des Alters, des Gesundheitszustandes und der Erwerbsverhältnisse, in einem Falle, wie der vorliegende, einen geeigneten Maßstab für die Annahme der muthmaßlichen Lebensdauer abgeben könne, von dem Appellanten nicht widerlegt ist, — daß jedoch das Obergericht, indem es ohne Weiteres nach eigenem Ermessen die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten auf 30 Jahre festsetzte, die Grenze der richterlichen Befugniß überschritt, indem das richterliche Ermessen nur auf solche Gegenstände beschränkt ist, hinsichtlich welcher der Richter als solcher eine vollkommene Kenntniß besitzt, während über solche factische Verhältnisse, wie sie im vorliegenden Falle dem Erkenntnisse zum Grunde gelegt werden müssen, nur Sachverständige die nöthige Auskunft zu geben vermögen.

Pfeiffer im civil. Archiv Bd. 28. S. 350.

XXII.

Streitig ist, wann die Verzinsung solcher Legate, deren Summe bis zum richterlichen Urtheile illiquid war, eintrete.

Einige meinen, es müsse die durch das Urtheil hervorgebrachte Liquidität auf die Zeit der Einlassung zurückgezogen werden.

Hommel, Rhapsod. obs. 234.

Andere meinen, der Erbe hafte wegen der Zinsen und Früchte dann nicht, wenn er ohne leichtsinnige Streitsucht mit den Legataren wegen der Berechnung der quarta Falcidia gestritten habe, arg. L. 89. §. 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 3 pr. de usuris 22, 1. Erst von der Zeit an, wo das rechtskräftige Urtheil erfolgt sei, trete die Verzinsung ein.

Thibaut im civil. Archiv Bd. 9. S. 89 f.

Präjudiz 1.

In einer Frankfurter Rechtssache war dem beklagten, den Abzug der Quart in Anspruch nehmenden Erben des Fiduciars X die Auflage gemacht, ein eidlich zu bestärkendes Verzeichniß über die Nutzungen vorzulegen, welche gedachter X aus dem gesammten Nachlasse seiner Ehefrau gezogen habe, unter dem Präjudiz der Mehrzahlung von fl. . . . . ., nämlich des Betrags der vom Beklagten in Anspruch genommenen abzuziehenden quarta Trebellianica. Hierüber führte Beklagter Beschwerde, indem er bestritt, daß die Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung über den Betrag der fraglichen Nutzungen ihm, und behauptete, daß dieselbe vielmehr der klagenden Fideicommissarin obliege. Dies ist aber (sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung) unrichtig. Denn daß die Verbindlichkeit zu jener Rechnungslegung nicht den Fideicommissar, sondern den Fiduciar trifft, folgt — auch abgesehen von dem praktischen Bedürfnisse, indem sie in der Regel für den Ersteren ganz unthunlich ist — aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das Recht des onerirten Erben in Betreff der quarta Falcidia und Trebellianica besteht nämlich nicht darin, daß der Erbe von einem jeden Vermächtnisse den vierten Theil abziehen könnte, und zur Begründung dieses Abzugs nichts weiter gehörte, als eine Division des Betrags des Vermächtnisses mit der Zahl 4, mithin es eine Replik des Fideicommissars wäre, daß der Fiduciar sich einen gewissen Betrag von gezogenen Nutzungen in Gegenrechnung bringen lassen müsse, sondern jenes Recht des Erben ist in den Gesetzen in dem Maße bestimmt, daß ihm der vierte Theil von dem verbleiben soll, womit der Testator ihn honorirt hat.

Pr. et §. 3 Inst. ad leg. Falcid. 2, 22.
§. 5. §. 7 Inst. de fideic. hered. 2, 23.
fr. 1 pr. fr. 73. §. 5 in f. ad leg. Falcid. 35, 2.
Frankfurter Reform. Th. 4. Tit. 5. §. 2. Tit. 6. §. 6.

Er muß also, um das gedachte Recht auszuüben, nachweisen, mit wie viel er vom Testator honorirt, und wie viel von dem Vermächtnisse abzuziehen ist, damit ihm von dem Gesammtbetrage, womit er honorirt worden, der vierte Theil verbleibe; und da nun in dem Falle, wenn dem Erben die Restitution des Nachlasses erst nach einer gewissen Zeit — hier dem X erst nach dessen Tode — auferlegt ist, die bis dahin aus dem Nachlasse gezogenen Nutzungen mit zu dem gehören, womit der Testator den Erben honorirt hat,

fr. 22. §. 2 ad SC. Trebell. 36, 1.

so folgt daraus von selbst, daß dann der Fiduciar — oder dessen Erbe — auch den Betrag dieser Nutzungen nachweisen muß. . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30. Mai 1850.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 188.

Quarta Trebellianica, s. quarta Falcidia c. 1. 2; desgl. beneficium inventarii c. 21; desgl. Pflichttheil A. c. 18. 19; desgl. Universalfideicommiß c. 2.

Querela inofficiosae donationis.

Lauterbach, de donat. inoff. in diss. acad. T. II. Nro. 73.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 156 f.
Zimmern in seinen und Neustetel's röm.-rechtl. Unters. S. 158.
Kritz, exeget. prakt. Abh. Nr. 5.
Hille, de immodic. donat. querela (1828).
Francke, Notherbenrecht S. 498.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 38.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 482.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 163 f.

I.

Streitig ist, ob der Schenker selbst die inofficiöse Schenkung zurückfordern könne, falls ihm, nach der Schenkung, noch rechtmäßige Kinder geboren werden.

Einige bejahen diese Frage, auf Grund der L. 5 C. de inoff. donat. 3, 29. Nach diesem Gesetze solle der dem postumus gebührende Pflichttheil zum Vermögen des Schenkers zurückkehren — ad patrimonium tuum revertetur — welches nichts anderes heißen könne, als daß der Schenker selbst so viel zurückfordern dürfe. Auch spreche für diese Ansicht die Erklärung der byzantinischen Interpreten, welche den Inhalt der L. 5 cit. als eine singuläre Neuerung bezeichnen. Basil. 41, 4. (Tom. V. p. 479.)

Cujacius, expos. Nov. 92.
Mühlenbruch, doctr. P. III. §. 774. Nro. 1 in f.
Zimmern in seinen und Neustetel's röm.-rechtl. Unters. S. 71.
Hille, de immod. donat. quer. cap. 5. p. 35—41.
Francke, Notherbenrecht S. 517.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 57 f.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, und räumen dem Schenker bis zum Belaufe des Pflichttheils der nachgeborenen Kinder ein Rückforderungsrecht ein, gestatten aber nicht die querel. inoff. donat., deren Voraussetzungen hier nicht vorhanden seien, sondern nur eine sog. condictio ex lege:

v. Vangerow, Pand. §. 482.

vgl.

Schneider, subs. Klagen S. 486.
Puchta, Pand. §. 491. Not. c.
Breidenbach im civil. Archiv Bd. 27. S. 37.
Schweppe, röm. P.-R. §. 971.
Mackeldey, Lehrbuch §. 427.

und für diese Ansicht soll der Gerichtsgebrauch sprechen.

Höpfner, Instit. §. 412. Nr. 3.

Hagemann, prakt. Erört. Bd. 6. Nr. 92.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 715.

Andere verneinen die Frage; denn wollte der Schenker selbst in seinem Namen widerrufen, so würde ihm die Einrede entgegengesetzt werden, in Ansehung seiner sei die Schenkung nicht lieblos; er könne sie aber auch Namens seiner Notherben nicht widerrufen, denn nur sie seien dadurch verletzt, und nur ihnen komme es zu, ein ihnen zugefügtes Unrecht gerichtlich zu beseitigen. Nun aber finde bei Lebzeiten des Donatars die Querel nicht statt. Dies erhelle schon aus der Natur des Pflichttheils, dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden könne, denn viventis nulla est legitima. — Man brauche auch die Worte der L. 5 cit. — ad patrimonium tuum revertetur nicht so ängstlich buchstäblich zu nehmen; dem Zwecke aber: ut filii postea nati debitum bonorum subsidium, sc. id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam liberis relinqui necesse est, consequantur, entspreche die entgegengesetzte Meinung nicht zum Besten; denn was der Vater selbst zurück erhalte, das könne er nicht nur selbst aufzehren, sondern brauche davon seinen Kindern wieder nur den Pflichttheil zu hinterlassen. — Es könne vielmehr der wahre Sinn der Worte: ad patrimonium tuum revertetur kein anderer sein, als dieser, daß nach dem Tode des Donatars dessen Kinder von den verschenkten Gütern, soviel als ihr Pflichttheil betrage, mit der quer. inoff. donat. wieder zurückfordern können.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. c. 11. p. 1110.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 167.
Walch, contr. jur. civ. p. 473.
Thibaut, System §. 563.
Mening-Ingenheim, Lehrbuch §. 496.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 163.

Vgl.

Savigny, System Bd. 4. S. 226. Not. e.
Sintenis, Civilr. §. 23. Not. 56. §. 200. Not. 13.

II.

Streitig ist, ob die zur Zeit der Schenkung noch nicht vorhandenen Notherben eine pflichtwidrige Schenkung anfechten können.

Einige meinen, die später erzeugten Kinder seien befugt, die früher vollzogene Schenkung anzufechten, um ihren Pflichttheil zu erlangen. Denn der Sinn der L. 5 C. de inoff. donat. verb.: ad patrimonium tuum revertetur sei der, daß nach dem Tode des Donatars dessen Kinder von den verschenkten Gütern soviel, als ihr Pflichttheil betrage, mit der querela inoff. donat. wieder zurückfordern könnten. Schon der Grund, den das Gesetz anführe: ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium (d. h. Pflichttheil) consequantur, setze dies außer Zweifel. Aber auch wenn man jene Stelle zunächst auf ein Revocationsrecht des Vaters selbst deute, scheine es angemessen, dasselbe den nachgeborenen Kindern einzuräumen, wenn der Vater keinen Gebrauch davon mache. Denn das Gesetz bezeichne den fraglichen Theil der Schenkung als debitum subsidium, d. h. Pflichttheil, und es könne nicht zugleich die Verwirklichung des betreffenden Anspruchs dem bloßen Gutdünken des Schenkers preisgeben wollen, oder die Vereitelung jenes Zweckes durch dessen Unthätigkeit gutheißen; vielmehr liege in dieser Unterlassung dann eben eine Verletzung des Pflichttheilsrechts der nachgeborenen Kinder, welche diese zur Rückforderung berechtige. Ebenso müsse man denen die querela inoff. donat. einräumen, welche zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung zwar noch nicht unmittelbares Notherbenrecht gehabt hätten, z. B. Enkel oder Eltern, aber nachher in die Stelle der damaligen Notherben eingerückt seien, da man ja auch bei der querela inoff. testam. eine successio annehme.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 168.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 167.
Donellus, Comm. lib. 19. cap. 11. p. 1110.
Klein, merkwürdige Rechtssprüche Bd. 1. S. 173.
Walch, introduct. in contr. jur. civ. sect. 3. cap. 3. membr. 1. §. 15.
Francke, Notherbenrecht. S. 119.
Mayer, Erbrecht §. 108. Not. 1 u. 4.

Andere meinen, den nachgeborenen Kindern stehe keine querela inoff. donat. zu, wie sich schon aus dem Principe ergebe, daß eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig angesehen werden könne, wenn sie schon im Augenblicke der Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthalte, dieses aber nicht der Fall sein könne, wenn zu jener Zeit die Kinder noch gar nicht existirten.

Hille, de immodicar. donat. querela p. 35.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 69.
v. Vangerow, Pand. §. 482.

Vgl. auch

Schneider, subsidiäre Klagen S. 486.
Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 71.

III.

Streitig ist, ob dem Schenker auch in dem Falle die Querel gestattet wird, wenn er zur Zeit der Schenkung über das Dasein der Kinder in Ungewißheit war.

Einige meinen, dem Schenker stehe das Recht des Widerrufs auch dann zu, wenn er zur Zeit der Schenkung zwar Kinder gehabt, allein sich über deren Existenz geirrt, z. B. sie für verstorben gehalten habe. Man beruft sich auf Entscheidungen römischer Kaiser, wonach ein Notherbe, den der Testirer übergangen hatte, weil er ihn für verstorben hielt, an die Stelle der eingesetzten Erben treten solle. L. 28 D. de inoff. test. L. 92 D. de hered. instit. 28, 5.

Hagemann, prakt. Erört. Bd. 6. Nr. 92. S. 376.

Andere meinen, es fehle an einem juristischen Grunde für diese Ausdehnung, da das ganze Revocationsrecht des Schenkers etwas höchst Singuläres sei. Die von den Gegnern angeführten Gesetze redeten von Erben, und paßten für den Fragefall nicht, weil ein Irrthum bei letztwilligen Verfügungen ein wesentlicher sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 68.

IV.

Streitig ist, ob die querela inoff. don. auch der armen Wittwe zusteht, welcher durch lieblose Schenkungen der ihr gesetzlich gebührende Erbtheil entzogen oder geschmälert ist.

Einige gestatten ihr die Klage, arg. L. ult. D. si quid in fraudem patroni 38, 3, da die Ausdehnung derselben auf die Wittwe die Rechtsanalogie und die allgemeine Billigkeit für sich habe.

Gail, obs. lib. 2. obs. 26. Nro. 17.
Voet ad Pand. tit. ad SC. Tertull. §. 24.
Glück, Intestaterbf. §. 126 z. G.
Francke, Notherbenrecht S. 503.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 55.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 713.

Andere meinen, diese Ausdehnung der querela inoff. donat. auf die dürftige Wittwe sei unzulässig, weil dieser niemals eine querela inoff. testam. zustehe.

Puchta, Pand. §. 491.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 163.

V.

Streitig ist, ob den Geschwistern, sofern ihnen eine persona turpis vorgezogen ist, die querela inoff. don. zustehe.

Einige gestatten ihnen die Querel. Dafür spreche, daß zwar die Rescripte, durch welche die Querel eingeführt wurde, ausdrücklich nur von Kindern redeten, daß aber dennoch dieselbe Klage auch für andere Notherben, namentlich für Ascendenten, als sich von selbst verstehend, in L. 4 C. de inoff. donat. vorausgesetzt werde.

Böhmer, de querela inoff. donat. fratrum (electa jur. civ. T. I. exerc. 9).
Francke, Notherbenrecht S. 503.
Voet ad P. tit. de donat. §. 37.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 173.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 298.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 55.

Andere meinen, diese Ausdehnung auf Geschwister sei unzulässig.

Puchta, Pand. §. 491.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 163.

VI.

Streitig ist, ob die querela inoff. donat. auch gegen den dritten Besitzer gerichtet werden könne.

Einige bejahen dies; denn die Querel sei ad instar inofficiosi testamenti eingeführt, L. 1. L. 4. L. 6. L. 8 C. de inoff. don., und habe deshalb die Eigenschaft einer qualificirten Erbschaftsklage, also einer actio in rem. Eine persönliche Klage könne die querela nicht sein, weil diese nur aus einer obligatio entstehe, der Verklagte sich aber hier den Klägern durch kein factum verbindlich gemacht habe.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. cap. 11. p. 1109.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 175 und die sub 60 bis 62 Aufgeführten.

Andere meinen, die Querel sei eine persönliche Klage, und könne niemals gegen den dritten Besitzer gerichtet werden. Eine Gleichheit der Querel mit der querela inoff. test. anzunehmen, sei unzulässig, da der Verklagte hier ja nicht aus einem erbschaftlichen Titel besitze, und der Kläger sich nicht erst Erbrecht zuerkannt wissen wolle. Das Argument, daß persönliche Klagen nur gegen solche Personen stattfänden, welche sich dem Kläger durch ein persönliches Factum verbindlich gemacht hätten, sei falsch, weil dabei nicht an die zahlreiche Klasse von Obligationen gedacht sei, welche ihren Grund im Gesetze oder im Edicte haben, sog. unmittelbare Obligationen. L. 52 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Endlich sei ja auch selbst die querela inoff. test. in Betreff des Verklagten beschränkt.

Francke, Notherbenrecht S. 520.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 70.
v. Vangerow, Pand. §. 482.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 164.
Sintenis, Civilrecht §. 200. Not. 13.

Präjudiz 1.

...Der oft bemerkte Kauf hat, wie sich aus seinem Eingange und ganzen Zusammenhange ergibt, den Zweck, über das Vermögen des Verkäufers unter seinen nachgelassenen Erben Richtigkeit zu machen. Und da dies Vermögen hauptsächlich in Grundstücken bestand, so wurde die Disposition in einen Kauf eingekleidet, durch welchen die Grundstücke an den jüngsten Sohn verkauft und die Kaufgelder, jedoch im vorliegenden Falle nur theilweise, den Uebrigen angewiesen wurden. Es ist eine divisio parentum inter liberos, in Form eines Kaufes, wie sie bei Landleuten häufig vorkommt.

Biener, quaest. cap. 75. in opp. Vol. II. p. 287.

Eine solche Theilung kann zwar ungleich geschehen, jedoch nicht so, daß ein Notherbe dadurch im Pflichttheile verletzt wird.

Harprecht, diss. de divis. bonorum inter liberos §. 51. in disp. acad. Vol. II. p. 287.

Geschieht dieses gleichwohl und wird ein Erbe vor dem anderen so begünstigt, daß dieser nicht einmal den Pflichttheil erhält, so entsteht diese Verfügung eine liebtose Schenkung und diese kann, da in Ermangelung eines Testamentes die querela inofficiosi testamenti nicht Platz ergreift, nur durch die querela inofficiosae donationis angefochten und umgestoßen werden.

Tit. Cod. de inoff. donat. 3, 29.
Nov. 92. cap. 1.
Lauterbach, diss. de inoff. donat. §. 22 et 24. p. 18 et 20 sq. in ejusd. dissert. acad. Vol. II. Nro. 9.

In Fällen nun, wo es sich bloß um Geld oder Geldforderungen handelt, geht diese Klage bloß auf Herauszahlung der Summe, welche nöthig ist, um den Pflichtheil zu ergänzen. Wenn hingegen der Erblasser ein Gut oder eine andere bestimmte Summe, welche noch vorhanden ist, verschenkt oder unter dem wahren Werthe verkauft hat, so kann der verletzte Notherbe diese Sache selbst in Anspruch nehmen, um daraus befriedigt zu werden, und insofern nimmt die Klage die Natur einer dinglichen an,

Lauterbach l. c. §. 4.
Böhmer, doctr. de act. sect. 2. cap. 3. §. 43 et 45.
Hommel, Rhaps. observ. 602. not. 6.
Glück, Commentar Th. 7. §. 550. S. 175 f.

und zwar dies umsomehr, als für den Fall der Rescission des inofficiosen Geschäfts, welches zu Gunsten eines Miterben rechtswidrig abgeschlossen worden ist, die Erbtheilungsklage damit verbunden werden kann, welche theils dinglicher, theils persönlicher Natur ist.

L. 2 C. cit. tit.
Glück, Th. 2. §. 725. S. 5.
Westphal, von den Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 672—674.

Unter diesen Umständen erscheint es bedenklich, vor Austrag der Sache Impetraten die Weiterveräußerung oder Verpfändung der fraglichen Grundstücke frei zu geben.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 19. December 1848, in S. Rosine Marie Große w. Johann Gottl. Große. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 8. H. 6. Nr. 54. S. 515 f.

VII.

Streitig ist, ob der Kläger Erbe des Schenkers geworden sein müsse.

Einige bejahen dies, und wenn die Erbenqualität bezweifelt werde, so müsse sie erst durch eine Activlegitimation festgestellt werden. L. 3 C. de inoff. donat. 3, 29.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 71.
Francke, Notherbenrecht S. 501 u. 517.

Andere meinen, diese Ansicht sei unbegründet und nirgends in den Gesetzen ausgesprochen. Wenn L. 3 C. cit. den Fall setze, daß die Eltern inane nomen heredis liberis reliquerunt, so wolle man diesen doch gewiß nicht zumuthen, die bedenkliche Erbschaft anzutreten, um dann erst als Erben durch Rückforderung der Schenkung ihren Pflichttheil zu erobern. Auch folge jene Ansicht nicht aus der ohnehin nicht durchgreifenden Vergleichung mit der querela inofficiosi testamenti. Denn wer die querela inofficiosi testam. anstelle, sei nicht schon Erbe, sondern wolle erst durch die Rescission des Testamentes Erbe werden; wer die querela inoff. donat. anstelle, brauche nicht schon Erbe zu sein, wolle es aber auch nicht durch die Rescission der Schenkung werden. Endlich sei jene Ansicht dem Zwecke des Instituts zuwider; denn müßte der Notherbe, um die pflichtwidrige Schenkung anzufechten, die Erbschaft annehmen, so könnte ihm der kaum gerettete Pflichttheil wieder entgehen, um Erbschaftsgläubiger zu befriedigen; diesen würde dann die Rescission der Schenkung zu Gute kommen, wenngleich die letzte nicht als alienatio in fraudem creditorum facta hätte angefochten werden können.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 164.

VIII.

Streitig ist, in welchem Maße die pflichtwidrige Schenkung rückgängig gemacht werden könne.

Einige meinen, dies könne nur soweit geschehen, als durch die Schenkung der Pflichttheilsanspruch beeinträchtigt worden sei. Hiernach würde der Pflichttheil nur ergänzt. Bewiesen werde dieses

1) durch die L. 2 C. de inoff. donat. vgl. mit Vat. fragm. §. 281; hier werde der Rechtssatz ausgesprochen, daß die an sich ungiltige Schenkung des Hausvaters an das Hauskind durch den Tod des Ersteren nur soweit convalescire, als es das Pflichttheilsrecht gestatte;

2) durch L. 7 C. eod., wo ausgesprochen werde, wenn eine Mutter ihr Vermögen so ungleich an ihre beiden Söhne verschenkt habe, daß der Eine dadurch nicht einmal seinen Pflichttheil erhielt, so solle „quod immoderate gestum est“ revocirt werden, also gewiß nicht die ganze Schenkung, sondern nur soweit sie inofficiös sei;

3) durch L. 8 C. eod., wo ausgesprochen werde: quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur;

4) durch L. un. C. de inoff. dot., wo die Folge der querela inoff. dotis so dargestellt würde: ut conquerentibus emolumenta debita deferantur;

5) durch Nov. 92. c. 1, wo mit klaren Worten vorgeschrieben sei, es sollten die übermäßig beschenkten Geschwister den übrigen den Pflichttheil ergänzen: ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur.

J. H. Böhmer, de action. sect. 2. cap. 3. §. 43 et 44.
G. L. Böhmer, de querela inoff. donat. fratrum §. 18.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 158—173.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 97.
Kritz, exeget. prakt. Abh. S. 111.
Francke, Notherbenrecht S. 521.
v. Vangerow, Pand. §. 482. S. 292.
Thibaut, System §. 536.
Braun, Dictate zu §. 904.
Warnkönig, Comm. jur. civ. T. III. §. 1113.
Puchta, Lehrbuch §. 485.
Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsf. Bd. 3. S. 161. §. 9.

Andere meinen, durch die Klage werde stets die ganze Schenkung umgeworfen. Man beruft sich auf L. fin. C. de inoff. donat., wo die querela inoff. donat. stets mit der querela inoff. testam. ganz gleich sei, mithin auch durch sie stets die ganze Schenkung rescindirt werde.

Faber, conject. lib. 3. c. 27.
G. L. Böhmer, electa jur. civ. T. I. exerc. 8.
J. H. Böhmer, doctr. de action. sect. 2. c. 3. §. 41.
Thomasius, de legitima viventis cap. 3.
Wernher, de revoc. donat.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 1. S. 106.

Andere unterscheiden, und zwar

Einige, daß die Schenkung in dem Falle ganz zu revociren sei, wenn sie an einen Fremden, und in der Absicht, die legitima zu verkürzen, geschehen sei.

Covarruvius, var. resol. lib. 1. res. 19. Nro. 12.
A Costa ad Inst. tit. de inoff. test. §. 3.

Andere meinen, daß die Schenkung dann ganz zu rescindiren sei, wenn sie in einer pflichtwidrigen Absicht ertheilt worden sei.

Brunnemann ad L. 1 C. de inoff. donat.
Perez ad C. tit. de inoff. donat. Nro. 4 et 8.

Andere unterscheiden, ob zur Zeit der Schenkung schon Pflichttheilsberechtigte vorhanden gewesen, und lassen dann die Schenkung nur usque ad legitimam, wenn jene aber erst nachher geboren worden, gänzlich revociren.

Cujacius, obs. lib. 5. obs. 14.

Andere stellen den Satz auf: die lädirten Kinder, denen zur Todeszeit des Erblassers nichts übrig geblieben sei, könnten dem beschenkten Fremden Alles, solchen Beschenkten aber, welche selbst ab intestato mit ihnen erben würden, nur den Betrag ihrer Intestaterbportion abnehmen; dagegen solche Kinder, welche bei Lebzeiten nach Berechnung der Nov. 92 verletzt worden wären, welchen aber beim Tode des Schenkers etwas übrig geblieben sei, hätten nur mit Einrechnung dessen, was sie noch erhalten, eine Klage auf Ergänzung des halben oder Drittel-Antheils dessen, was ihnen ab intestato zugekommen sein würde, wenn der Schenker vor der übermäßigen Schenkung gestorben wäre.

Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. Bd. 1. S. 58.

Andere stellen die Ansicht auf, daß im Falle gänzlicher Ausschließung vom Pflichttheile der Kläger ganz nach Analogie der querela inoff. test. die Schenkung bis zu dem seiner Intestaterbportion entsprechenden Betrage zurückfordern, im Falle einer bloßen Verkürzung aber, nach den Bestimmungen über die actio suppletoria, nur auf Ergänzung des Pflichttheils klagen könne. Vgl. L. 9 C. de inoff. don.

Schweppe, röm. P.-R. §. 971.
Mackeldey, Lehrbuch §. 427.
Struben, rechtl. Bedenken Bd. 5. Nr. 266.

Breidenbach im civ. Archiv Bd. 27. S. 339—344. Bd. 28. S. 28—33.
Höpfner, Instit. §. 412.

Andere erinnern hiergegen, daß eine gänzliche Ausschließung vom Pflichttheile, bloß als Folge einer Schenkung, eigentlich nicht stattfinden könne, indem diese nur über das gegenwärtige Vermögen verfüge, und die Erbfolge in den Nachlaß des Schenkers nicht ausschließe.

Puchta, Pand. §. 491. Not. f.

Präjudiz 1.

Die Klage, welche den Notherben in dem Falle zusteht, wenn sie durch ein von ihrem Erblasser titulo oneroso eingegangenes Rechtsgeschäft im Pflichttheile verletzt worden sind, gründet sich nicht auf eine specielle gesetzliche Vorschrift, wodurch den Pflichttheilsberechtigten ein solches Recht wie bei titulo lucrativo erfolgten Veräußerungen eingeräumt worden wäre. Was im römischen Rechte rücksichtlich der Klagen des Patrons gegen fraudulöse Veräußerungen des Freigelassenen (actio Faviana et Calvisiana) galt, beruht ganz auf andern Gesichtspunkten und leidet keine Anwendung auf die pflichttheilsberechtigten Verwandten.

Francke, das Recht der Notherben S. 543.
Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erläut. der Pand. Bd. 36. S. 133. A.

Es gibt also keine besondere querela inofficiosae venditionis.

cf. Hommel, Rhaps. obs. 602.
Müller ad Leyser. obs. 226.

Vielmehr ist die Klage, mittelst welcher ein solches Rechtsgeschäft angefochten werden kann, keine andere als die querela inofficiosae donationis, angewandt auf den Fall, wenn die Schenkung nicht offen vollzogen, sondern in ein anderes, in ein oneroses Rechtsgeschäft eingewebt worden ist. Schenken nämlich kann man nicht bloß dadurch, daß man eine Sache ganz umsonst weggibt, sondern auch, indem man sie wissentlich zu wohlfeil weggibt.

fr. 5. §. 5 de donat. int. vir. et uxorem 24, 1.
fr. 38 de contr. emt. 18, 1.
Savigny, System des röm. Rechts Bd. 4. §. 152. S. 79. §. 154. S. 99.

Es liegt dann ein gemischtes Rechtsgeschäft vor, welches theils die Natur der Schenkung, theils des onerosen Contractes hat, welcher von den Parteien gewählt und vorzugsweise benannt worden ist. Als eine nothwendige Folge der gesetzlichen Vorschrift, daß Niemand durch Schenkungen soviel von seinem Vermögen weggeben darf, daß der Pflichttheil seiner Erben geschmälert werde, ergibt es sich nun, daß dies auch nicht geschehen dürfe durch eine solche in ein anderes Rechtsgeschäft eingeflochtene Liberalität, welche aber nichts anderes als eine Schenkung ist; und auf diesem Grunde beruht das Recht der Notherben, einen von ihrem Erblasser abgeschlossenen Kauf wegen zu geringen Kaufpreises als inofficiös anzugreifen. Vorausgesetzt wird also hierbei, daß der Erblasser den Käufer habe begünstigen wollen, daß er eine Liberalität beabsichtigt habe, und dies ist offenbar nur anzunehmen, wenn er gewußt hat, daß die verkaufte Sache mehr werth sei, als der Kaufpreis betrug. Diese Kenntniß des Werthes ist daher auch eine Bedingung der Querel, und die letztere erscheint dann ausgeschlossen, wenn der Erblasser aus Irrthum über den wahren Werth der Sache zu wohlfeil verkaufte. In einem solchen Falle stehen seinen Erben nur diejenigen Rechtsmittel zu, welche der Erblasser selbst gehabt hätte, um sich vor den Folgen seines Irrthums zu schützen, also namentlich die Klage wegen enormer Verletzung. Aber eine Inofficiositätsquerel findet nur statt bei absichtlich zu wohlfeil erfolgtem Verkaufe. Man vergleiche auch

Thibaut, §. 263. 8. Ausg.
v. Vangerow, Leitfaden f. Pand.-Vorles. Th. 2. S. 288. §. 482.
Francke, a. a. O. S. 540 f.

Diesen vom Gerichte zweiter Instanz ausgeführten Gründen gegenüber wurde von dem obersten Gerichtshofe eine andere Ansicht adoptirt:

Hat ein Vater bei Lebzeiten sein Grundstück an eines seiner Kinder um einen so geringen Preis käuflich überlassen, daß dadurch der seinen übrigen Kindern gebührende Pflichttheil verkürzt wird, so kann darauf, ob der Vater den Werth des Grundstückes gekannt oder nicht, und ob er durch den Verkauf eine Liberalität speciell und ausdrücklich beabsichtigt habe oder nicht, ein Unterschied nicht gesetzt werden. Der eine Schenkung enthaltende, zu wohlfeile Verkauf an sich und der dadurch eintretende Erfolg der Verkürzung der Notherben, nicht der Beweggrund des Verkäufers, gibt den Notherben eine begründete Beschwerde über die Verletzung ihres Anspruchs auf den Pflichttheil, welcher in den Gesetzen und der Praxis,

C. 36 pr. und § 2 de inoff. test. 3, 28.
Nov. 1. praef. §. 1.
Glück, Pand.-Comment. Bd. 7. §. 546. S. 72.

als eine natürliche und gesetzliche Schuld bezeichnet wird. Dieses den Notherben zustehende natürliche und gesetzliche Recht ist und bleibt dasselbe, es möge sich der Erblasser, als er die den Pflichttheil verkürzende Handlung vornahm, dabei gedacht haben was er wolle . . . . Allerdings wird, wenn der Vater mehrerer Kinder bei Lebzeiten sein Grundstück an eines derselben verkauft, wohl in der Regel anzunehmen sein, es sei den Contrahenten die Beschaffenheit und wenigstens der ungefähre Werth oder die Ertragsfähigkeit des Grundstückes bekannt gewesen, und es sei die Absicht dahin gegangen, durch Bestimmung eines billigen Preises den Käufer so zu stellen, daß er durch den Erkauf nicht zu allzu großen Opfern und Sorgen verbunden werde; es wird also, der Erfahrung gemäß, in der Ueberlassung des Grundstücks selbst eine Begünstigung des Annehmers zu erblicken sein. Nur folgt auch hieraus nicht so viel, daß in dem Falle, wenn bei einem solchen Verkaufe durch Bestimmung eines unverhältnißmäßig geringen Preises eine Verletzung der übrigen Kinder des Verkäufers in dem ihnen gebührenden Pflichttheile herbeigeführt worden sein sollte, ihr nach dem Tode des Verkäufers zu erhebender Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils nur unter der Bedingung, wenn der Erblasser den Mehrwerth wirklich genau gekannt und durch den Verkauf um einen billigeren Preis eine Schenkung an den Käufer speciell beabsichtigt hätte, für begründet zu erachten, und daß von ihnen bei Geltendmachung des Anspruchs wohl gar noch darauf: es habe eine solche Kenntniß und Absicht bei dem Verkaufe stattgefunden, Bezug zu nehmen und dies nachzuweisen sei. Für eine solche Annahme läßt sich auch nicht, wie dies von Einigen geschieht, aus fr. 38 de contr. emt. 18, 1 und fr. 5. §. 5 de donat. int. vir. et ux. 24, 1 eine Unterstützung entnehmen. Der Inhalt dieser Gesetzstellen zeigt deutlich, daß sie überhaupt von dem Rechte der Notherben nicht handeln, und zur Beurtheilung der dieses Recht betreffenden Fragen auch eine analoge Rechtsnorm nicht, wenigstens nichts weiter darbieten, als daß darin der ohnehin von selbst sich verstehende Satz anerkannt wird, daß bei dem Verkaufe um einen hinter dem wirklichen Werthe zurückbleibenden geringen Preis der Betrag des Mehrwerthes als dem Käufer geschenkt anzusehen ist. — Ebensowenig hat die Praxis bei einem solchen Verkaufe auf den zu wohlfeilen Preis auf den Beweggrund und die Absicht des Verkäufers etwas gesetzt, sondern bloß auf den Erfolg gesehen, nämlich darauf, ob wirklich durch die Bestimmung eines unverhältnißmäßigen Kaufpreises der Pflichttheil verletzt worden ist.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 25. Juli 1848.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 356.

Präjudiz 2.

Ist der Pflichttheil von Kindern oder andern Notherben durch eine um zu geringen Preis bewirkte Veräußerung verletzt worden, so fragt es sich, ob die Verkürzten durch Annahme von Kaufgeldern aus der inofficiosen Veräußerung des durch die Verletzung begründeten Rechtsmittels verlustig werden? Diese Frage wurde verneint. „Die Verletzung im Pflichttheile durch den Kauf gewährt keinesfalls ein Recht, Wiederaufhebung des Kaufes zu verlangen; vielmehr haben die Verkürzten nur Ergänzung ihres Pflichttheils zu beanspruchen. Daher kann die Empfangnahme von Kaufgeldern, welche ihnen unter allen Umständen gebührten, im Zweifel nicht als ein Verzicht auf die Klage wegen Ergänzung des Pflichttheils angesehen werden, sowie auch die factische Annahme des im Testamente Beschiedenen für den Notherben nur unter besonderen Voraussetzungen

die Vermuthung des Verzichts auf die actio expletoria wegen Verletzung des Pflichttheils begründet."

Erk. des AG. zu Dresden vom 19. October 1847, bestätigt durch Erk. des dort. OAG. v. 25. Juli 1848. Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 357.

IX.

Streitig ist, ob zu den Voraussetzungen der Querel erfordert werde, daß die Schenkung aus der böslichen Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu verkürzen, hervorgegangen sein müsse.

Einige meinen, daß die Schenkung aus der böslichen Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu verkürzen, oder doch aus liebloser Gesinnung gegen die Notherben hervorgegangen sein, und daher auch das Dasein dieser Absicht oder lieblosen Gesinnung vom Kläger bewiesen werden müsse. Diese Absicht könne aber allerdings aus der Handlung selbst hervorleuchten, wenn Jemand soviel weggeschenkt habe, daß er sich die darin liegende Schmälerung des Pflichttheils ohne grobe Schuld nicht habe verhehlen können. Diese Ansicht werde durch folgende Gesetze: L. 87. §. 3 D. de legat. II. L. 1. L. 8 pr. C. de inoff. test. Vat. fragm. §. 270 und durch Analogie der actio Faviana und Calvisiana unterstützt, wie denn auch etwas nicht inofficiosum sein könne, wobei eine Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, wenn auch nur implicite, nicht vorliege.

J. H. Böhmer, doctr. de action. sect. 2. c. 3. §. 42.
Schmidt, Klagen und Einreden §. 554.
E. C. Westphal, Rechtsgutachten und Erkenntnisse Bd. 1. S. 170.
Kritz, über die quer. inoff. don. in seinen Abhandl. S. 125.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 74 f.

Vgl. auch

Mayer, Erbr. Bd. 1. §. 108. Not. 4. §. 110. Not. 2.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 496.

Andere meinen, daß der Beweis, der Schenker habe die Absicht gehabt, den Pflichttheilsberechtigten zu verkürzen, nicht gefordert werden könne. Die von den Gegnern angeführten Gesetze enthielten nur Rescripte, in denen die Merkmale des einzelnen zur Entscheidung vorliegenden Falles angegeben seien; und es müsse auch anerkannt werden, daß die in jenen Gesetzen erwähnte betrügliche Absicht ohne Zweifel sehr häufig das Motiv einer inoff. donat. sei. Deshalb könnten jene Gesetze auch nicht als vollständig beweisend gelten, umsoweniger aber, da in einer Reihe anderer Gesetze von dieser angeblichen Voraussetzung der querela inoff. donat. keine Rede sei, sondern nur die objective Verletzung des Pflichttheils erwähnt werde. L. 2. L. 3. L. 4. L. 6. L. 7 C. de inoff. donat. 3, 29. Vat. fragm. §. 271. 280. 282.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 167.
Hille, de immodicar. donat. querel. p. 27.
Francke, Notherbenrecht S. 503.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 40. th. 11.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 178. §. 5.
v. Vangerow, Pand. §. 482.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 165.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 716.

Präjudiz 1.

Es muß ferner zum Begriff einer pflichtwidrigen Schenkung genügen, wenn durch eine solche der Pflichttheil (objectiv) lädirt ist, ohne daß die Nachweisung eines dolus fernerweit nöthig ist.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 6. Februar 1845, in S. Paye w. Strube.

Vgl. auch die Präjud. zu Contr. 8.

X.

Streitig ist, ob der Pflichttheil zum Zweck der querela inoff. donat. eben so groß sei, wie zum Zweck der querela inoff. test.

Einige meinen, daß für Descendenten auch hier, je nach ihrer Zahl, $1/_3$ oder $1/_2$ des Vermögens den Pflichttheil bilde, daß aber für Ascendenten und Geschwister noch die alte Quart bestehe; denn die Nov. 18 rede bloß von letztwilligen Dispositionen, und erst Nov. 92 habe den Pflichttheil der Descendenten auch in Beziehung auf Schenkungen auf $1/_3$ oder $1/_2$ erhöht. Da sie aber nicht auch von Ascendenten und Geschwistern spreche, so müsse es in Betreff dieser bei dem alten Rechte verbleiben.

Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 75.

Andere meinen, es sei unnatürlich, bei derselben Person zwei verschiedene Pflichttheile anzunehmen, einen, welcher letztwillig, und einen anderen, welcher durch Schenkungen unter Lebenden nicht lädirt werden dürfe, und es lasse sich dies umsoweniger billigen, da die quer. inoff. donat. gerade zu dem Ende eingeführt sei, damit Niemand den Pflichttheil, welchen er letztwillig nicht schmälern dürfe, auch durch Schenkungen unter Lebenden nicht verringern könne. Auch sei es irrig, daß Justinian erst in Nov. 92 sein früheres Gesetz über Erhöhung des Pflichttheils auf inofficiöse Schenkungen ausgedehnt habe, sondern er setze die Anwendung hierauf als sich von selbst verstehend voraus.

Kritz, exeget. prakt. Abhandl. Nr. 5. S. 110.
Hille, de immod. donat. querel. p. 60.
Francke, Notherbenrecht S. 502.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 115.
v. Vangerow, Pand. §. 482.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 719.
und fast alle Lehrbücher.

Andere stimmen diesem bei, und lassen nur insofern eine Abweichung in der Berechnung des Pflichttheils zu, daß, wer Schenkungen von Anderen als pflichtwidrig anfechten wolle, sich auch die Schenkungen, welche er selbst empfangen habe, in seinen Pflichttheil anrechnen lassen müsse, arg. L. 6 et 7 C. de inoff. donat. 3, 30. Nov. 92.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 166.
Francke, Notherbenrecht S. 516.

XI.

Streitig ist, ob, wenn mehrere Schenkungen nach einander gemacht sind, durch deren letzte eine Verletzung im Pflichttheile herbeigeführt wurde, nur die letzte wegfalle, oder ob an allen ein Abzug pro rata zu machen sei.

Einige meinen, daß alle diese Schenkungen, die ersteren wie die letzteren, pro rata revocirt werden könnten, L. 3—6 D. L. 8 C. de inoff. donat. Denn auch in dem Falle, wo der Pflichttheil durch Vermächtnisse verletzt worden, würden dieselben sämmtlich verhältniß-

mäßig verkleinert. Endlich sei die L. 4. §. 11 D. si quid in fraud. patr. 38, 5 beweisend, nach welcher Stelle der Patron gleichmäßig gegen alle Schenkungen die Faviana oder Calvisiana actio erhebe.

Faber, Cod. defin. for. lib. 3. tit. 29. def. 7.
Voet, Comm. ad P. T. II. tit. de donat. §. 38.
Perez, praelect. in Cod. tit. de inoff. donat. Nro. 6.
Walch, introd. in controv. jur. civ. p. 476. §. 17.
Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 43. §. ult.

Andere meinen, wenn mehrere Schenkungen, zu verschiedenen Zeiten, gemacht worden, so könne nur gegen den Donatar geklagt werden, mit dessen Beschenkung die Verletzung des Pflichttheils begonnen habe, und es komme nichts darauf an, ob die mehreren Schenkungen in kurzer oder geraumer Zeit nach einander geschehen seien. Die Analogie pflichtwidriger Vermächtnisse, wobei alle Vermächtnisse pro rata, und nicht etwa nur die zuletzt hinterlassenen, verringert würden, entscheide darum nicht, weil alle Vermächtnisse zu einer und derselben Zeit ihre Giltigkeit erhielten, wogegen die verschiedenen Schenkungen in den verschiedenen Momenten ihrer Errichtung zur Entstehung kämen.

Francke, Notherbenrecht S. 512.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 120.
v. Vangerow, Pand. §. 482.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 174 und die Not. 45 daselbst Genannten.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 718.

Präjudiz 1.

Das OLG. zu *Wolfenbüttel* erkannte am 6. Februar 1845, in S. Pape w. Strube, wie folgt:

Es ist nicht zu bezweifeln, daß bei dem Vorhandensein mehrerer Schenkungen *nur die letzte*, durch welche der Schenker nicht soviel in seinem Vermögen läßt, als zum Pflichttheil der Berechtigten erforderlich ist, inofficiös erscheint, und mit der querela inoff. donat. bis zur Ergänzung des Pflichttheils rescindirt, daß mithin die Klage nur gegen den zuletzt Beschenkten gerichtet werden kann.

Francke, Notherbenrecht S. 513 u. 514.

Allein da der gemeinschaftliche Erblasser in seinem Testamente vom 22. December 1837 sagt, daß er laut besonderer Acten von demselben Tage, und vom 27. November 1837 seine früheren testamentarischen Dispositionen zurückgenommen und durch Schenkungen unter Lebenden zu Gunsten der Mitverklagten, mit Ausnahme des Karl Ludw. Strube, disponirt habe, so ist die Ansicht des Klägers, daß diese Schenkungen als gleichzeitig anzusehen seien, sogar nicht unwahrscheinlich, und es war Sache der Vertheidigung, thatsächlich darzulegen, daß dies nicht der Fall, und welche die letzte bis zur Ergänzung des Pflichttheils zu rescindirende Schenkung gewesen sei; es würde ja auch durch die Nachweisung ungleichzeitiger Schenkungen nicht die Klage gänzlich, sondern nur in Bezug auf die Mitverklagten zurückgewiesen werden können, durch deren Beschenkung noch nicht eine Pflichttheilsverletzung herbeigeführt ist. Auf keinen Fall kann die Beweisauflage über die Größe der einzelnen Schenkungen an die vier Mitverklagten den Verklagten zur Beschwerde gereichen, indem diese offenbar nur die demnächstige verhältnißmäßige Rescission der Schenkungen bezweckt.

Das Oberappellationsgericht bestätigte dies Erkenntniß unterm 26. Mai 1848.

Wenn im Falle *mehrerer* Schenkungen allerdings nur diejenigen, mit welchen die Pflichttheilsverletzung begonnen, angefochten werden können, so sind doch, um herauszubringen, daß der Pflichttheil verletzt worden, d. h. um das Vermögen festzustellen, aus welchem selbiger zu berechnen, die früheren Schenkungen zu *ermitteln*, wobei allerdings das richterliche Ermessen darauf zu sehen hat, daß nicht jede an sich geringfügige Liberalität in Ansatz gebracht werde.

Behauptete daher der Kläger eine *vor* der angefochtenen Schenkung der Ehefrau Auguste Gödecke, geb. Strube, zu Theil gewordene Liberalität zum Betrage von 1500 Thlr., so mußte ihm der Beweis solcher Angabe nachgelassen werden; im Falle der Bewahrheitung würde die gedachte Summe als Bestandtheil des Vermögens des Erblassers der Parteien zu betrachten sein.

Präjudiz 2.

Der Pflichttheil soll nicht durch letztwillige Freigebigkeiten und durch Liberalität unter Lebenden verkürzt werden; es macht dabei keinen Unterschied, ob die Pflichttheilsverkürzung durch *eine* Schenkung, oder durch den Gesammtbetrag mehrerer Schenkungen herbeigeführt ist, und ob diese Schenkungen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten an eine oder mehrere Personen geschehen sind; es muß der Pflichttheil unter Berechnung des Werthes sämmtlicher Schenkungen festgestellt werden, wenngleich nur die Schenkung, mit welcher die Inofficiosität beginnt, und nur der Betrag, welcher zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist, rescindirt werden kann.

Francke, Notherbenrecht S. 512 f.
L. 1. L. 5. L. 6. L. 8 C. de inoff. donat.
Erk. des OLG. zu *Wolfenbüttel* v. 6. Febr. 1845, in S. Pape w. Strube.

XII.

Streitig ist, auf welche Zeit zu sehen sei, um zu bestimmen, ob die Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthalte.

Einige meinen, es müsse zugleich auf die Zeit der Schenkung *und* auf die Zeit des Todes gesehen werden. Die verschenkten Güter müßten also zu denen, welche der Donator hinterlassen habe, gerechnet werden, um danach zu bestimmen, wie viel von der Schenkung zum Pflichttheil zu ergänzen sei. Nov. 92. c. 1. Wenn also z. B. ein Vater von fünf Kindern vor seinem Tode von seinem Vermögen 5000 Thlr. verschenkt habe, so komme es darauf an, wie groß damals sein Vermögen gewesen sei. Habe es aus 8000 Thlr. bestanden, und er hinterlasse bei seinem Tode 3000 Thlr., so seien die Kinder im Pflichttheile um 1000 Thlr. verkürzt, welche vom Donatar zurückgefordert würden. Hätte hingegen der Vater nach der Schenkung wieder so viel Vermögen erworben, daß er seinen fünf Kindern 4000 Thlr. hinterlasse, so hätten die Kinder gegen den Donatar keine Klage. Oder ein Vater von zwei Kindern habe dem Einen bei seinen Lebzeiten ein Grundstück geschenkt, das 3000 Thlr. werth gewesen und nehme man an, sein ganzes Vermögen habe damals 15,000 Thlr. betragen; das andere Kind habe der Vater aber nur auf den Pflichttheil eingesetzt. Wäre nun bloß nach diesem Nachlaßbetrage der Pflichttheil des Kindes zu berechnen, so bekäme es nur 2000 Thlr., denn soviel betrage die Hälfte von dem Drittheile. Allein es müsse die verschenkte Summe zu dem Vermögen, welches der Vater nach seinem Tode hinterlassen habe, gerechnet, der Pflichttheil also von 15000 Thlr. berechnet werden, und deshalb betrage der Pflichttheil 2500 Thlr.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 96.
Hommel, Rhapsod. Vol. V. obs. 602.

Andere meinen, bei der Frage, auf welche Zeit zu sehen sei, ob die Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthalte, müßten allerdings zwei Momente unterschieden werden. Vorzüglich entscheide der Moment der Schenkung selbst, so daß dieselbe nicht als pflichtwidrig anzusehen sei, wenn nicht durch sie selbst, sondern durch eine spätere Verminderung des Vermögens die Verletzung des Pflichttheils herbeigeführt werde. Daneben

müsse aber allerdings der Augenblick des Todes insofern in Betracht kommen, als später eingetretene Vermögensvermehrungen die frühere Verletzung aufhöben. Hieraus folge:

a) Wenn der durch die Schenkung, für sich betrachtet, beeinträchtigte Notherbe aus dem Nachlasse dennoch soviel erhalte, als ihm mit Hinzurechnung der geschenkten Summe zu dem Vermögen des Testators gebühre, so dürfe er sich nicht beschweren, gleichviel, ob der Erblasser die früher zugefügte Verletzung durch testamentarische Disposition wieder vergüte, Nov. 91. c. 1 pr., oder ob sein Vermögenszustand sich gebessert habe; denn immer gebühre ihm die legitima erst aus dem Nachlasse, und die frühere pflichtwidrige Schenkung gebe ihm nur das Recht, bei Bestimmung seines Pflichttheils den damaligen Vermögenszustand mit zu berücksichtigen. Von der nachherigen Vermehrung gebühre ihm aber gleichfalls der Pflichttheil. Hieraus folge, daß in dem von den Gegnern angeführten ersten Beispiele: wenn ein Vater von fünf Kindern, der 8000 Thlr. im Vermögen habe, hiervon 5000 Thlr. verschenke, und später wieder 1000 Thlr. erwerbe, den Kindern von diesen 1000 Thlr. die legitima gleichfalls gebühre, also im Ganzen von 9000 Thlr., weshalb sie von dem Beschenkten noch immer 500 Thlr. zu fordern hätten.

b) Es könne aber auch eine Schenkung nur dann als inofficiös angefochten werden, wenn durch sie selbst und nicht durch etwas von ihr Unabhängiges der Pflichttheil verletzt werde. Werde also das Vermögen des Schenkers später zufällig vermindert, so sei die Querel unanwendbar, und eben dies müsse auch dann der Fall sein, wenn mehrere Schenkungen hinter einander gemacht worden, aber nur die letztere eine Pflichttheilsverletzung enthalte. Wenn nun mehrere Schenkungen gemacht seien, z. B. es würde ein Vater von fünf Kindern, welcher 8000 Thlr. im Vermögen habe, zuerst 4000 Thlr. hinweggeben, und später nochmals 2000 Thlr., so würde, wenn man jede Schenkung einzeln betrachte, keine als pflichtwidrig erscheinen, im umgekehrten Falle aber würde die ganze zweite Schenkung als inofficiös fallen. Letzteres sei nun das allein Richtige; denn es sei Grundsatz, daß der Pflichttheil ebensowenig durch Liberalität unter Lebenden als durch letztwillige Dispositionen entzogen werden dürfe, und es sei dieselbe Lieblosigkeit, wenn man durch mehrere Schenkungen sein Vermögen verschleudere, als wenn man es durch ein Geschäft auf einmal thue. Vgl. L. 1. L. 5. L. 6. L. 8 C. de inoff. donat. 3, 30. Nov. 92.

v. Vangerow, Pand. §. 482.
Francke, Notherbenrecht S. 510.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 119.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 166 f.

Präjudiz 1.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

1) Um bei der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils wegen pflichtwidriger Schenkung zu bestimmen, ob eine Schenkung pflichtwidrig sei, ist auf den Bestand des Vermögens zur Zeit der Schenkung zu sehen: war dieselbe da nicht pflichtwidrig, so kommt eine spätere Verminderung des Vermögens nicht in Betracht. Wenn daher das Vermögen des Schenkenden zur Zeit der Schenkung so groß war, daß der ihm übrig gebliebene Theil des Vermögens den Kindern ihren Pflichttheil gewährte, nachher aber der Schenkende sein Vermögen verlor, so findet die Klage gegen den Schenknehmer wegen pflichtwidriger Schenkung nicht statt.

2) Um zu bestimmen, was als Schenkung zu betrachten ist, muß der Werth der von dem Käufer des Gutes an den Verkäufer zu leistenden Pfründe zur Zeit des (als eine übermäßige Schenkung enthaltend) angefochtenen Kaufvertrags, nicht der Werth, wie er sich später nach dem Tode des Pfründners ergeben hat, in Anschlag gebracht werden. Zu jener Zeit war die Lebensdauer des Pfründners ungewiß, und bei dieser Ungewißheit muß, da die in

fr. 68 ad leg. Falcid. 35, 2

aufgestellte Wahrscheinlichkeit auf einen Fall der vorliegenden Art nicht anzuwenden ist, als Werth der gedachten Gegenleistung der capitalisirte Betrag der jährlichen Pfründe von 154 Fl. mit 3080 Fl. angenommen werden.

Erk. des OTr. zu Stuttgart v. 14. Dec. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 137.

Präjudiz 2.

Zur Statthaftigkeit der querela inoff. donat. ist zunächst erforderlich, daß durch die angefochtene Veräußerung das Vermögen des Veräußernden dermaßen erschöpft worden sei, daß demselben nicht mehr soviel übrig geblieben, um den gesetzlichen Pflichttheil seiner Notherben, wie sich derselbe nach dem Vermögensbestande des Veräußerers unmittelbar vor der Veräußerung berechnet haben würde, zu decken, da im entgegengesetzten Falle die Veräußerung an sich nicht als eine inofficiöse betrachtet werden kann.

Nov. 92. c. 1.

Es muß aber auch ferner noch auf die Todeszeit des Veräußernden Rücksicht genommen werden, da, wenn derselbe nach der Veräußerung noch soviel von Neuem erworben hat, daß der obige Pflichttheilsbetrag aus seinem Nachlasse gedeckt werden kann, die anfänglich inofficiöse Veräußerung keiner weitern Anfechtung unterliegt.

Thibaut, System S. 493 edit. noviss.
Francke, Notherbenrecht S. 505 f.

Diese Sätze erkennt der Kläger Bl... selbst als richtig an, in der Anwendung auf den vorliegenden Fall aber zeigt sich gerade die Unschlüssigkeit der Klage. Der Kläger hat den Werth des väterlichen Gutes zu nicht höher als 7000 Thalern angegeben, denn auf das beiläufige Anführen im Verfahren Bl..., daß sich dieser Werth auf beinahe 11000 Thaler belaufe, kann, weil hierin eine wesentliche Abänderung in Bezug auf die zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen liegt, schon aus formellen Gründen keine Rücksicht genommen werden. Nun ist aber bereits Bl... klar und überzeugend nachgewiesen worden, daß bei einem Werthe des gedachten Gutes nach Höhe von 7000 Thalern selbst dann, wenn man als gewiß betrachten wollte, daß das ganze Vermögen des Verkäufers zur Zeit der Veräußerung nur in dem verkauften Grundstücke sammt Inventar bestanden und der erstere außer denjenigen Kaufgeldern, welche er nach Bl... im Gesammtbetrage von 2300 Thalern von Beklagtem zu empfangen hatte, etwas Weiteres bei seinem Ableben nicht hinterlassen habe, dennoch eine Verletzung des Klägers in dem ihm gebührenden Pflichttheile durch den Verkauf jenes Grundstückes nicht eingetreten sein, und sogar die zu dessen vollständiger Deckung erforderlichen Mittel auch noch beim Tode des gemeinschaftlichen Erblassers in jenen Kaufgeldern vorhanden gewesen sein würden. Daß letztere vor der Verfallzeit an den inmittelst verstorbenen Verkäufer abgetragen und von diesem anderweit verwendet worden seien, läßt sich — insoweit hierauf nach Obigem überhaupt etwas ankommen könnte — ebensowenig voraussetzen, als daß andere Umstände zur Zeit des Kaufsabschlusses vorhanden gewesen seien, welche der in voriger Instanz angestellten Berechnung und deren Ergebnisse für den vorliegenden Fall entgegenständen.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 1. April 1856, in S. Rosenkranz w. Rosenkranz.
Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 15. H. 5. Nr. 132. S. 435 f.

S. auch das Präjudiz des OAG. zu Dresden vom Januar 1856 zu der folg. Contr.

XIII.

Streitig ist, ob eine Anfechtung oneroser Geschäfte wegen einer Pflichttheilsverletzung möglich sei.

Einige meinen, auch onerose Geschäfte können angefochten werden; denn wer durch Schenkungen nicht soviel weggeben dürfe, daß der Pflichttheil dem Erben nicht übrigbleibe, dürfe dies auch nicht durch eine in ein anderes Geschäft eingeflochtene Liberalität. Es sei hier, wie die Römer sagten, donationis causa zu wohlfeil gekauft, arg. L. 39 D. de contr. emt. L. 5. §. 5 de donat. int. vir. et uxor. Ebendeshalb müsse ganz dasselbe auxilium aequitatis, welches nach Analogie der testamenti querela gegen Schenkungen und dos ausdrücklich verstattet werde, auch gegen solche in einen anderen Vertrag eingewebte Liberalitäten gestattet werden, und diese Anfechtung sei nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, welche überhaupt bei inofficiösen Schenkungen gelten.

Francke, Notherbenrecht S. 540 f.
v. Vangerow, Pand §. 482.
Sintenis, Civilrecht §. 200. Not. 19.
Puchta, Vorles. §. 491 a. E.

Andere stimmen diesem bei, verlangen aber neben der Pflichttheilsverletzung noch eine lieblose Gesinnung gegen die Notherben.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 134.

Andere meinen, in solchen Fällen sei allerdings durch die Praxis eine Klage gestattet, dies sei aber die actio quasi Calvisiana und quasi Faviana, welche jedoch einen dolus auf Seiten des Erblassers voraussetze und erst in 30 Jahren verjähre.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 38 5. §. 3.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 193 und die Not. 14 daselbst Allegirten.

Siehe hiergegen die Widerlegungen bei
Francke, Notherbenrecht §. 46. S. 543.

Andere meinen, es sei überflüssig, in solchen Fällen eine besondere Klage anzunehmen, da ja stets ein einigermaßen verhältnißmäßiges Aequivalent gegeben sein müsse, mithin stets der Pflichttheil im Vermögen verbleibe.

Thomasius, de legit. viventis cap. 2. §. 11.

Siehe die Widerlegungen bei
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 134.
Francke, Notherbenrecht §. 46.

Präjudiz 1.

Den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir Folgendes:

Die querela inofficiosae donationis ist gegeben zum Schutze gegen Verletzung des Pflichttheils durch Schenkungen unter Lebenden, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti, welche denselben Zweck verfolgt gegen letztwillige Verfügungen. Auf onerose Geschäfte kann jene Querel nur insoweit angewandt werden, als sie in der That lucrative Zuwendungen enthalten, und also nur den Schein eines onerosen Geschäfts tragen, wie namentlich bei absichtlich wohlfeilem Verkauf zur Bereicherung des Käufers, wo ein sog. negotium mixtum vorliegt und dann der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils zu ermitteln, nur dieser als Schenkung zu behandeln ist, so daß also überall nur die Schenkung, nicht das ganze Geschäft, durch die Querel angefochten werden kann. Auch bei der bäuerlichen Gutsabtretung, der sog. successio anticipata, kann die querela inofficiosae donationis Platz greifen, wenn in der Abtretung des Gutes unter Lebenden an den künftigen Erben um einen geringeren Preis, als dem wahren Werthe entspricht, das Herkömmliche im Maß erheblich überschritten und dadurch zugleich das Pflichttheilsrecht der Geschwister des Antreters verletzt ist. Nach der richtigen, von den meisten Rechtsgelehrten vertheidigten Ansicht kann aber mit der Querel die Schenkung nicht schlechthin, weder ganz, noch bis zum Betrage des Intestaterbtheils, sondern nur insoweit rescindirt werden, als nöthig ist, damit der Querulant den Pflichttheil erhalte. Es ist zwar dagegen behauptet worden, daß, einer constanten hiesigen Praxis zufolge, nach Analogie der querela inofficiosae donationis, die unter Lebenden geschlossenen Rechtsgeschäfte als nichtig zu rescindiren seien, wenn durch sie der Pflichttheil verletzt worden. Allein eine analoge Anwendung der querela inofficiosae donationis auf Rechtsgeschäfte, die keine Schenkung enthalten, ist begriffsmäßig überall nicht statthaft, und jene Praxis würde, wenn sie erweisbar wäre, rechtliches Ansehen zu behaupten nicht geeignet sein, eben weil sie mit dem rechtlichen Wesen der Querel in offenbarem Widerspruche stehen und auch nicht einmal die Zweckmäßigkeit für sich haben würde.

Sowie demnach die auf den Grund des angeblich verletzten Pflichttheilsrechts des Klägers gestützte, auf „Annullirung und Rescindirung des fraglichen Contracts" gerichtete Klage kein Gehör finden kann, diese vielmehr auf eine Anfechtung des Contracts, insoweit durch die in demselben angeblich liegende Schenkung der Pflichttheil des Klägers verletzt worden, sich hätte beschränken müssen, so mußte dieselbe noch aus einem anderen Grund jedenfalls angebrachtermaßen abgewiesen werden. Die querela inofficiosae donationis setzt voraus, daß dasjenige, was beim Tode des Erblassers dem Pflichttheilsberechtigten zufällt, weniger beträgt als sein Pflichttheil, wenn dieser von dem Vermögen, wie es vor der Schenkung war, berechnet würde. Zur Begründung der Klage gehört also stets die Behauptung, daß dem Kläger aus dem Nachlasse seines Vaters nicht so viel zugefallen, als der Pflichttheil, die Schenkung mit in Anschlag gebracht, betrage. In der Klage kommt aber davon gar nichts vor; dort ist von dem Nachlasse des Vaters und ob und was dem Kläger daraus zugefallen, gar nicht die Rede, was sich auch leicht erklärt aus der vertretenen rechtlichen Ansicht des Klägers, wornach der ganze Contract zu annulliren wäre. ... In der Klage ist nicht einmal gesagt, ob und welche andere Pflichttheilsberechtigte neben dem Kläger vorhanden seien, was doch für die Berechnung des Pflichttheils von der größten Bedeutung ist. Auf eine so mangelhafte Klage konnte Beklagter sich einzulassen nicht verpflichtet sein.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 16. August 1854.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 193.

Präjudiz 2.

Nach Bl. .. sind die Parteien darüber einverstanden, daß ihr, immittelst verstorbener, Vater sein Bauerngut zu B.... nebst einem Inventarium an den Beklagten um 2000 Thaler verkauft habe, und daß hierüber die Bl... ersichtliche Kaufsurkunde verabfaßt worden sei. Die Kläger behaupten nun, daß sie durch diese Veräußerung in ihrem Pflichttheile am dereinstigen Nachlasse des Vaters verletzt worden seien, weil die von dem Beklagten übernommenen Gegenleistungen dem damaligen wahren Werthe jenes Gutes und Inventarii bei weitem nicht gleichgekommen, somit in dieser Veräußerung eine inofficiöse Schenkung enthalten sei, welche sie berechtigte, wie im Petito geschehen, die Ergänzung ihres Pflichttheils von Beklagtem, als Schenknehmer, zu verlangen.

Zur Schlüssigkeit dieser Klage war in allem Betrachte nicht allein erforderlich, daß sie genügende Angaben über den Vermögensbestand des Erblassers zur Zeit der Veräußerung und seines Ablebens, sowie darüber, was der Beklagte als Gegenleistung wirklich gewährt und übernommen habe, enthielt; sondern es mußte sich auch bei einer richtigen Berechnung erweisen, daß eine Verletzung der Kläger in ihrem Pflichttheile, unter Berücksichtigung der beiden oben bemerkten Zeitpunkte wirklich vorgefallen sei. Es mußte also, eben weil es sich hier um die Frage handelt, ob die von den Klägern angeführten Thatsachen wirklich zu dem behaupteten Resultate führen, auf die Berechnungsweise der Kläger und die Principien, welche dabei angewendet worden sind, nothwendigerweise schon jetzt

näher eingegangen, und es konnte diese Frage nicht bis zur Definitivsentenz ausgesetzt werden.

Was Kläger über den Weeth des veräußerten Gutes nebst Inventar, über das Vermögen, welches ihr Vater zur Zeit der Veräußerung außerdem noch besessen, endlich über den Betrag seines Nachlasses anführen, mag, insoweit es nicht ohnedies eingeräumt worden, für eine Beweisfrage als ausreichend gelten, auch würde, wenn man von der Bl... angeregten Streitfrage, ob die Absichtlichkeit der Verletzung vorhanden gewesen sein müsse, absieht, der Umstand, daß das fragliche Gut nach dem Zugeständnisse der Kläger bei der angefochtenen Veräußerung auf nur 3372 Thaler gewürdert worden, der Statthaftigkeit der vorliegenden Klage aus den Bl... entwickelten Gründen nicht ohne Weiteres entgegenstehen.

Die Behauptung des Beklagten, daß er außer den im Kaufe bezeichneten Leistungen auch noch eine Schuld von 293 Thlrn. 20 Ngr. für seinen Vater übernommen habe, hätte nur als Gegenstand einer Ausflucht und nach Befinden des directen Gegenbeweises in Betracht kommen können, und was Beklagter damit sagen will, daß Kläger die theils bezahlten, theils erlassenen Termingelder nicht mit zu dem väterlichen Nachlasse rechnen dürften, ist nicht abzusehen, da dieselben nicht ihre etwaigen Antheile an diesen Geldern als Erben des Gläubigers gefordert, sondern sich auf die Quittierung und den Erlaß dieser Gelder aus ganz anderen Gründen bezogen haben.

Anlangend jedoch den weiteren Inhalt der Klage, so stellen die Kläger zunächst folgende Berechnung an: Unmittelbar vor Abschluß des Kaufes habe das Vermögen ihres Vaters bestanden in:

6323 Thlrn. 20 Ngr. als dem reinen Werthe des Gutes mit Inventar,
20 „ 20 „ als dem Werthe verschiedener Mobilien,

6344 Thlr. 10 Ngr. Summa,

wovon der Pflichttheil bei vier Kindern $^1/_3$, also

2114 Thlr. 23 Ngr. $3^1/_3$ Pf.

betragen habe. Diese Berechnung ist aber ungenau. Denn

1) gehen bei Berechnung des Pflichttheils von dem obigen Activbestande diejenigen 850 Thlr. ab, welche der Verkäufer dem Stadtvermögen zu C.... schuldete und auf welche die Kläger gar keine Rücksicht genommen haben. Der reine Bestand seines Vermögens, abgesehen von allen etwaigen Zinsresten, würde sich demnach auf

5494 Thlr. 10 Ngr.

berechnen, wovon der Pflichttheil sämmtlicher vier Kinder $^1/_3$, also nur

1831 Thlr. 13 Ngr. $3^1/_3$ Pf.

ausgemacht hätte.

2) Da von einer Verletzung des Beklagten in seinem Pflichttheile nicht die Rede ist, dieser vielmehr zum Nachtheile der Kläger begünstigt worden sein soll, so kommt es nur darauf an, ob der Verkäufer nach der Veräußerung und beziehendlich infolge derselben noch soviel im Vermögen besessen habe, daß die Pflichttheile seiner drei übrigen Kinder damit gedeckt gewesen wären. Diese betragen zusammen $^3/_4$ obiger

1831 Thlr. 13 Ngr. $3^1/_3$ Pf., mithin
1373 „ 13 „ $3^1/_3$ „

Bei der Berechnung dessen, was der Verkäufer als Gegenleistung sich ausbedungen hat und was nun, anstatt des veräußerten Gutes, ein Bestandtheil seines Vermögens wurde, hat man sich allerdings auf den Standpunkt zu versetzen, als wenn unmittelbar nach dem Kaufschlusse das Vermögen des Verkäufers zu constatiren und der Pflichttheil daraus zu gewähren gewesen wäre. Hiernach könnte es gerechtfertigt erscheinen, wenn bei Quantificirung dieser Vermögensmasse durch Abzug eines Interusurii der Betrag desjenigen sofort zahlbaren Kapitals, welches den unverzinslichen Außenständen an Werth gleichkomme, ermittelt und nach dem angezeigten Lebensalter der Auszügler der denselben vorbehaltene Auszug nach seinem Geldwerthe auf fünf Jahre in Ansatz gebracht würde.

Allein die Art und Weise, in welcher die Kläger

a) das Interusurium der Termingelder berechnet haben, ist unrichtig. Sie haben als solches den Betrag landüblicher Zinsen zu 5 Proc. von jeder einzelnen Termingelderrate bis zu deren Verfallzeit angenommen, während die in Sachsen durch das Rescript vom 25. October 1724 eingeführte Leibnitz'sche Methode,

Haubold, sächs. Priv.-R. §. 271.

sich auf eine gegenseitige Ab- und Zurechnung von Zinsen und Zinseszinsen gründet.

Hiernach würde,

vgl. Löhmann, Handb. f. jurist. u. staatswirthschaftliche Rechnungen §. 348. 349. S. 307 u. 154 der beigegebenen Tafeln,

das gedachte Interusurium

208 Thlr. 15 Ngr. 6 Pf.

betragen, somit also der Werth der fraglichen Termingelder immerhin

741 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf.

ausmachen, wozu

200 Thlr. sofort zahlbare Kaufgelder

hinzutreten, so daß der Erblasser

941 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf.

baar zu erhalten gehabt hätte.

b) Den Auszug auf fünf Jahre berechnen die Kläger selbst auf 485 Thlr. Auch hiervon wollen sie ein Interusurium von 47 Thlrn. 15 Ngr. abrechnen und den Werth dieser Forderung auf

437 Thlr. 15 Ngr.

rabattiren. Nach welchen Grundsätzen sie hier auf den Betrag von 47 Thlrn. 15 Ngr. gelangt, ersieht man nicht, denn keine der bisher gedachten Berechnungsweisen führt zu diesem Resultate, auch würde bei der Berechnung dieses Interusurii nicht von der Prämisse ausgegangen werden können, daß erst am Schlusse jeden Jahres der gesammte, nach Gelde berechnete Auszug fällig gewesen sei, da einzelne Leistungen auch früher und bezüglich sofort gewährt werden mußten. Wollte man aber auch bei der obigen Berechnung der Kläger stehen bleiben, so würde der Verkäufer doch immer

941 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf. an Kaufgeldern
437 „ 15 „ — „ an Auszug

1378 Thlr. 29 Ngr. 4 Pf.

mithin auch ungerechnet dessen, was er sonst noch im Vermögen besaß, mehr, als zur Deckung der Pflichttheile der Kinder erforderlich war, im Vermögen behalten haben.

Nun haben zwar die Kläger den Betrag der Kaufgelder dadurch noch weiter zu vermindern gesucht, daß sie sich auf die Bl... erwähnte theilweise Schenkung der beim Tode der Eltern etwa noch unerhobenen Termingelder an den Beklagten berufen und dabei annehmen, es müsse auch hier präsumirt werden, daß die Eltern nur die fünf ersten Termingelder erhoben hätten, so, daß der auf diese Weise und nach ebenmäßiger Abrechnung eines Interusurii verbleibende Betrag der fünf letzten Termine von dem ursprünglichen Betrage der 950 Thlr. oder bezüglich 741 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf. noch abgehen müßte. Allein hier ist die L. 68 ad leg. Falcid. nicht anzuwenden, weil die Schenkung nur eine eventuelle war, von der sich noch gar nicht übersehen ließ, ob überhaupt der Fall, für welchen sie stattfinden sollte, jemals existent werden würde. Es muß hierbei das Veräußerungsgeschäft, dessen Rechtsbeständigkeit allein den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet, von der eventuellen Disposition über einen Theil der Kaufgelder, welche infolge dieser Veräußerung der Käufer zu gewähren hatte, unterschieden werden; die in Bezug auf diese Kaufgelder eventuell getroffene Verfügung konnte möglicherweise als eine inofficiöse Schenkung angefochten werden, wenn der Fall, für welchen sie bestimmt war, eintrat, die Rechtsbeständigkeit des Veräußerungsvertrages dagegen, aus welchem die eventuell verschenkte Forderung herrührte, würde deshalb allein noch nicht in Frage gestellt werden können.

Da sich schon aus dem bisher Bemerkten ergibt, daß mit den in der Klage selbst gebotenen Unterlagen eine Verletzung der Kläger am Pflichttheile durch den Verkauf des väterlichen Gutes an den Beklagten, welche als donatio inofficiosa zu betrachten wäre, nicht genügend constatirt worden sei, so kann von einer weiteren Prüfung der Frage abgesehen werden, ob nicht bei Berechnung dessen, was dem Verkäufer wirklich gewährt worden, mindestens auch der Umstand mit in Berück-

sichtigung gezogen werden müsse, daß sich derselbe auf beliebige Zeit die Bewirthschaftung des ganzen Gutes vorbehalten hat.

Ferner haben die Kläger zwar behauptet, daß die obgedachten 200 Thaler Kaufs- und 950 Thaler Termingelder schon bei Lebzeiten des Verkäufers quittirt und beziehungsweise noch Höhe von 650 Thalern dem Beklagten erlassen worden seien; allein auf diese Thatsachen kommt gegenwärtig deshalb nichts an, weil auch hier die spätere Verfügung des Vaters über die ihm gebührenden Kaufgelder eine völlig selbstständige, von dem Veräußerungsvertrage, aus welchem diese Forderungen originirten, unabhängige Handlung ist. Die gegenwärtige Klage und der Anspruch, welcher mit dieser Klage gegen den Beklagten verfolgt wird, sind nur auf die pflichtwidrige Schenkung, welche in der an sich onerösen Veräußerung des Gutes an den Beklagten liegen soll, nicht aber auf eine pflichtwidrige Disposition über die aus diesem Kaufe für den Verkäufer entstandenen Forderungen gegründet, und die Löschung der bezüglichen Kaufgelder, auf Grund geleisteter Quittung und erfolgten Erlasses, ist nur deshalb in der Klage angeführt worden, um darzuthun, daß auch zur Todeszeit des Verkäufers dessen Vermögensverhältnisse nicht so beschaffen gewesen seien, daß der den Klägern gebührende Pflichttheil aus dessen Nachlasse hätte gedeckt werden können. In Bezug auf die Frage aber, ob jenes Veräußerungsgeschäft eine pflichtwidrige Schenkung zu Gunsten des Beklagten enthalte, kommt es zunächst auf die Zeit der Veräußerung und die damaligen Vermögensverhältnisse des Vaters an; war zu dieser Zeit eine Verletzung der übrigen Kinder im Pflichttheile nicht vorhanden, so kann das Veräußerungsgeschäft deshalb allein nicht angefochten werden, weil sich späterhin das Vermögen, welches der Veräußerer behielt, dergestalt vermindert habe, daß zur Zeit seines Todes der Pflichttheil der Kläger nicht mehr vorhanden gewesen sei.

Hommel, Rhapsod. obs. 602.
Thibaut, System §. 493.
Francke, Notherbenrecht S. 505 f.

Bei der sonach vorhandenen Unschlüssigkeit der Klage sind Kläger auch zur Erstattung der in erster Instanz erwachsenen Kosten zu verurtheilen gewesen, wogegen die in zweiter und dritter Instanz aufgelaufenen Kosten schon wegen des Wechsels der Entscheidungen gegen einander aufzuheben waren.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Januar 1856, in S. Johann Gottlieb L. u. Gen. w. Johann Karl L.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 15. H. 3. Nr. 67. S. 252 ff.

Vgl. die bei Contr. 8 aufgeführten Präjudizien.

XIV.

Streitig ist, ob Leibrentencontracte, wodurch Notherben in ihrem Pflichttheile verletzt werden, mit der Querel angefochten werden können.

Einige bejahen dies aus allgemeinen Rechtsgründen, wie denn auch durch die Particulargesetzgebung, z. B. allgem. Landrecht für die preuß. Staaten Th. 1. Tit. 11. §. 637, Code Napoléon art. 1969. 1970. 1973, und das bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie §. 1286, dieserhalb Bestimmungen erlassen seien.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 135.
Zeitschrift f. wissenschaftl. Bearbeitung des preuß. Rechts von Simon und von Strampff Bd. 1. H. 1. Abh. 8. Nr. 2. S. 86.

Andere meinen, es könne weder die Inofficiositätsklage, noch die actio ad suppl. legit. da stattgegeben werden, wo die Verstorbenen ihr ganzes Vermögen auf ihren lebenslänglichen Unterhalt oder zur Erfüllung der mütterlichen Pflichten, zur Unterstützung ihres Sohnes, verwendet haben. Eine solche Schenkung geschehe zur Vergeltung gewisser Leistungen und Dienste des Beschenkten, und könne deshalb nicht als pflichtwidrig angefochten werden *).

Stryk, de cautela testam. cap. 17. §. 26.

*) In einem solchen Falle wurden jedoch die Geschwister der Mutter verbunden erachtet, dem unehelichen Sohne, so lange er sein Brot nicht selbst verdienen könne, und die ihm ausgesetzten 50 Thlr. dazu nicht ausreichten, das nach richterlichem Ermessen Erforderliche zuzuschießen, wie es selbst der Vertrag und die gesetzliche Verbindlichkeit der Mutter zur Ernährung ihres Kindes mit sich brachte.

Schmidt, hinterl. Abhandl. Th. 2. S. 246.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 713.

Präjudiz 1.

Gegenstand der vorliegenden Differenz ist die von dem im Jahre 1855 gestorbenen Großvater des minorennen Sohnes Klägers bei Veräußerung seines Gutes an seinen Sohn, den Beklagten, im Jahre 1845 nach Bl.... getroffene Disposition:

daß mit dem daselbst dem gedachten Enkel ausgesetzten Kaufgelderbetrage an 150 Thlr. der Pflichttheil desselben an den großväterlichen und großmütterlichen Nachlaß gewähret werden solle,

insoweit, als es sich fragt, ob jene Veräußerung in Betreff des großväterlichen Vermögens eine inofficiöse Verfügung enthalte? da, wie schon in erster Instanz Bl... hervorgehoben worden, es sich von selbst versteht, daß Kläger nach dem Tode der Großmutter seines Sohnes für diesen seine Ansprüche an deren Nachlaß geltend zu machen unbehindert ist.

Da die beregte Disposition des Großvaters des Sohnes Klägers unbezweifelt eine Verfügung unter den Lebendigen ist, so löst sich der vom Kläger dagegen erhobene Widerspruch dahin auf, daß die Veräußerung des Gutes an den Sohn, den jetzigen Beklagten, zugleich eine inofficiöse Schenkung bemäntele, durch welche der Beklagte zum Nachtheile des Sohnes des Klägers so bereichert worden, daß eine Verletzung des Pflichttheils dieses Notherben eintrete.

Die Intention des Klägers ist daher nach den Erfordernissen einer querela inofficiosae donationis zu beurtheilen. Und da diese ferner wider den Beklagten zu richten ist, so kommen hierbei nicht bloß die Verhältnisse des Schenkgebers, sondern auch die des Donatars namentlich insoweit in Betracht, als derselbe außer dem baaren Kaufpreise für das verkaufte Gut auch dem Verkäufer den für sich und seine Ehefrau stipulirten bedeutenden Auszug, dessen Werth hier offenbar einen Theil des Kaufpreises bildet, bewilligt hat.

Um nun bei jener Querel zu bestimmen, ob eine Schenkung pflichtwidrig sei, ist zunächst auf den Bestand des Vermögens im Augenblicke der Schenkung zu sehen.

Nov. 92. cap. 1.

War sie da nicht pflichtwidrig, so kommt die nachherige Verringerung des Vermögens nicht in Betracht.

Hommel, Rhapsod. obs. 602.

Eine nachgehends erfolgte Vermehrung des Vermögens ist gegenwärtig nicht in Frage.

Als nun W. der ältere sein Gut an seinen Sohn verkaufte, behielt er sich und seiner Ehefrau einen bedeutenden Auszug vor. Dieser bildet ein Object, welches im vorliegenden Falle nicht bloß dem Verkäufer, sondern namentlich auch dem Abkäufer gegenüber in Erwägung gelangt.

Und zwar dem Abkäufer gegenüber insofern, als für diesen bei der Ungewißheit der größeren oder längeren Lebensdauer der Auszugsberechtigten (der zur Zeit der Veräußerung 61jährige Verkäufer lebte noch 10 Jahre, während dessen am 26. Januar 1782 geborene Ehefrau sich jetzt noch am Leben befindet) das Geschäft ein aleatorisches war, was schon an sich einer Ausstellung wider den Abkäufer, daß das pretium nicht ein justum gewesen sei, oder daß eine den Notherben verletzende venditio gratiosa stattgefunden habe, entgegentritt.

Aus diesem aleatorischen Charakter des Geschäfts folgt daher nicht, wie die erste Instanz angenommen, daß im vorliegenden Falle der Werth des Auszugs mit Rücksicht auf die muthmaßliche Lebensdauer der Auszugsberechtigten zur Zeit des Kaufsabschlusses nach Maßgabe der Ulpian'schen Tabelle abzu-

schätzen gewesen sei, sondern es folgt daraus vielmehr, daß die Behauptung: es sei dem Abkäufer ein unverhältnißmäßig geringer Kaufpreis verwilligt worden, wenn nicht überhaupt abgeschnitten worden sei, doch jedenfalls ganz anders, als durch eine bloße derartige Werthsermittelung begründet werden müsse.

Ist aber bei Festhaltung der Frage über die Verhältnißmäßigkeit des Kaufpreises zugleich die Stellung des Abkäufers in's Auge zu fassen, so muß auch diese Stellung bei der Frage: ob der stipulirte Kaufpreis zugleich eine immodica donatio bemäntele? maßgebend werden, zumal der Abkäufer derjenige ist, welcher den Betrag des Pflichttheils zu erfüllen hat, und daher beanspruchen kann, daß von seinem Standpunkte die Verhältnißmäßigkeit des Kaufpreises, von welchem der Betrag der immodica donatio und die Berechnung des Pflichttheilbetrags bedingt wird, beurtheilt werde.

Mindestens aber folgt aus dem Obigen soviel, daß eine Berechnung, bei welcher eine nur fünfjährige Lebensdauer des Auszugsberechtigten zum Grunde gelegt worden ist, für den Kläger eine sehr günstige ist und daß daher bei der Berechnung der angeblichen inofficiösen Schenkung wenigstens der volle Betrag des jetzt ermittelten Auszugswerthes von etwas über 1460 Thaler in Betracht kommen mußte.

Dieser Auszugswerth steht aber wiederum in einer andern Richtung, von dem Standpunkte des Verkäufers aus betrachtet, der vorliegenden querela inofficiosae donationis entgegen; denn es war dieser Auszugswerth dem Verkäufer, der zugleich die Pflicht der Unterhaltung seiner Ehefrau und daher die volle Disposition über den Auszug hatte, vorbehalten. Derselbe konnte mithin über einen Werth disponiren, der den Betrag des vom Kläger selbst Bl... zum höchsten Betrage auf 722 Thlr. 23 Ngr. 3 Pf. berechneten Pflichttheils weit überstieg.

Nun hat zwar Kläger neuerdings Bl... flg. und Bl... flg. anzuführen versucht, daß der ganze Gutskauf eine hauptsächliche Vertheilung des Vermögens W.'s des älteren enthalte, dergestalt, daß offenbar dabei gleich die Absicht zum Grunde gelegen habe, es solle von dem in dem Auszuge bestehenden Vermögen des Verkäufers Niemand außer den Auszugsberechtigten weiter etwas erhalten.

Es kann dies auch nach der ganzen Fassung des Bl... flg. in Abschrift befindlichen Kaufvertrages dem Kläger unbedingt zugegeben werden.

Allein damit wird für den Anspruch Klägers nichts gewonnen.

Denn es ist an sich, und so lange nicht das Verhalten eine Prodigalitätserklärung rechtfertigt, Niemandem verwehrt, sein Vermögen zu verzehren, und namentlich eine Einrichtung zu treffen, daß das gesammte vorhandene Vermögen für seine Unterhaltung auf die künftige Lebensdauer (ad dies vitae) verwendet werde.

So würde unbestritten der Gutsverkäufer, wenn er statt des Auszugswerthes sich einen gleich hohen Kapitalbetrag vorbehalten hätte, nicht haben behindert werden können, in Betracht dieses ihm allein verbleibenden Vermögensbetrages mit einer dritten Person einen Leibrentenvertrag oder selbst ein Abkommen über eine Naturalverpflegung abzuschließen und damit seinen Notherben jedes weitere Erbschaftsobject zu entziehen.

Etwas Weiteres enthält aber der beregte Auszugsvertrag in Wirklichkeit nicht.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 2. August 1857, in S. Voigt w. Weinert.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. f. Sachsen N. F. Bd. 17. H. 1. Nr. 6. S. 44 ff.

Präjudiz 2.

Nur das, was der Erblasser ohne Verpflichtung, aus Liberalität, anderen Personen zuwandte, kann von dem Notherben bis auf den Betrag seines Pflichttheils, welcher durch derartige Freigebigkeiten auf keine Weise verletzt werden darf, behufs Ergänzung seiner legitima angefochten werden; was dagegen der Erblasser zur Berichtigung einer rechtlichen oder auch nur natürlichen Verbindlichkeit weggab, liegt außer der Anfechtungsbefugniß des Notherben, weil selbst die Erfüllung einer nur natürlichen Verbindlichkeit nach römisch-rechtlichen Grundsätzen nicht als Liberalität erscheint, und deshalb auch der Rescission mittelst der querela inoff. donat. nicht ausgesetzt ist; dagegen bleibt, selbst wenn eine Weggebung des Vermögens in die Form eines onerosen Geschäfts gekleidet ist, das, was über die Erfüllung einer auch nur natürlichen Verbindlichkeit hinausgeht, Liberalität, und deshalb anfechtbar von Seiten des in seinem Pflichttheile verletzten Notherben.

Francke, Notherbenrecht S. 340 f.

Wenn daher die Verklagten anführen, daß ihr Erblasser nach Abtretung seines Hofes an den Mitverklagten Karl Ludwig Strube gezogen sei, und bei ihnen seinen, übrigens sehr bedeutenden Altentheil verzehrt, und von ihnen die größtmöglichste Pflege und Aufwartung genommen habe, so kann die Zuwendung der geschenkten 5200 Thlr. für diese höchstens 10 bis 12 Jahre stattgefundene Pflege als eine Vergeltung der geleisteten Dienste umsoweniger angesehen werden, als der Großvater der Parteien durch den Genuß des ansehnlichen Altentheils und der ihm anscheinend noch verbliebenen Zinsen Mittel genug besaß, die ihm gewordene Pflege reichlich zu belohnen, ohne in die Pflichttheilsberechtigungen seiner Notherben einzugreifen. Die etwaigen Angaben des Erblassers über seine Verpflichtungen gegen die Mitverklagten stehen dem Notherben, der in seinem Pflichttheile verletzt ist, nicht entgegen.

Francke, a. a. O. S. 230.

Es ist daher mit Recht die Einrede der remuneratorischen Schenkung als nicht substantiirt verworfen.

Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 6. Februar 1845, in A.-S. Pape w. Strube, bestätigt durch Erk. des OAG. das. v. 26. Mai 1848.

XV.

Streitig ist, ob, seitdem Justinian die actio ad suppiendam legitimam eingeführt hat, die querela inoff. donat. oder die actio ad suppl. legit. angestellt werden dürfe.

Einige meinen, durch die Querel werde jetzt nur so viel, wie zur Ergänzung des nur theilweise übrig gebliebenen Pflichttheils nöthig sei, umgestoßen, L. 2. L. 5. L. 8 pr. C. de inoff. donat. Da aber ehemals die querela inoff. donat. nach Analogie der querela inoff. testam. sicherlich auf Umstoßung der ganzen Schenkung gegangen sei, Justinian jedoch diese Klage wegen lieblosen Testaments nur dann habe bestehen lassen, wenn dem Notherben gar nichts in dem letzten Willen hinterlassen sei, so werde man auch bei der lieblosen Schenkung die ganze Schenkung umstoßen dürfen, wenn das ganze Vermögen weggeschenkt sei (vgl. Contr. 12), im Falle eines Restes für den Pflichttheilsberechtigten aber nur bis auf die ergänzende Summe Rescission verlangen können. Nur in jenem Falle sollte man den Namen querela inoff. donat. gebrauchen, im zweiten Falle aber die Klage actio ad suppl. legit. nennen.

Faber, conj. lib. 3. c. 17.
Thomasius, not. ad siog. Inst. et P. lib. 39. tit. 5.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 971 a. E.
Pufendorf, obs. T. I. obs. 178. T. III. obs. 23. § 4.
Höpfner, Instit. §. 412.
Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 75.
Hille, de immod. don. quer. p. 50.
Breidenbach im civ. Archiv Bd. 28. S. 52.

Andere meinen, beide Klagen hätten ganz verschiedene Grundlagen. Die querela inoff. donat. gründe sich, wie die Testamentsquerel, auf lieblose Gesinnung des Erblassers; durch die suppletorische Klage werde nur der unvollständig ausgesprochene Wille des Testirers

ergänzt, und — worauf es hier hauptsächlich ankomme — die Ergänzung werde von dem eigentlichen Nachlasse gewährt, wogegen vermittelst der querela inoff. donat. der Kläger eine nach sonstigen Rechtsbegriffen giltige Schenkung impugnirt. Die Querel werde immer von dem Erben gegen den angestellt, der titulo singulari, und zwar nicht aus dem Nachlasse etwas von des Erblassers Vermögen erhalten habe, die actio supplet. aber stets gegen den Erben und Miterben. Endlich stritten innere Gründe gegen die Gleichstellung der actio ad suppl. leg. und der querela inoff. donat.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 127 f.
Sintenis, Civilrecht §. 200. Not. 13.

Präjudiz 1.

In Sachen Klingenhagen wider Niemeyer wird für Recht erkannt:

1) Der Vater der Ehefrau und Mandantin des Klägers und des Beklagten, Kleinköther Conrad Niemeyer, welcher um Johannis 1855 verstorben ist, hat laut Hofverlaßcontracts vom 7. März/1. Mai 1850 an den Beklagten sein gesammtes Vermögen, bestehend in dem Kleinkothhofe Nr. 37 zu Deensen sammt Zubehör und verschiedenen Erbgrundstücken auf Stadtoldendorfer Feldmark und in einem nicht sehr werthvollen Haus-, Hof-, Vieh-, Feld- und sonstigen Inventarium, wovon indeß die Mitbenutzung und der Mitgebrauch, insbesondere die Mitnahme einer Kuh, vier Hühner und eines Schafes auf die Leibzucht für die Lebenszeit der Leibzüchter vorbehalten, der Rückfall der reservirten Gegenstände indeß, mit Ausnahme des Bettes und der Kleidungsstücke der Leibzüchterin, an den Hof mit dem Tode des letztlebenden Leibzüchters ausgemacht ist, zum sofortigen ausschließlichen Eigenthume gegen folgende Gegenleistungen: Uebernahme der Ablösungs- und Hypothekkapitale und der Handschulden des Cedenten, der Hofslasten und Abgaben, der Leibzucht für die Eltern und der Abfindungen für die beiden Schwestern des Beklagten, abgetreten. Die Abfindung für jede der Schwestern von dem gesammten übertragenen Vermögen ist auf 40 Thaler, in jährlich mit 10 Thalern, und zwar von Weihnachten 1850 an zu berichtigenden Raten, festgestellt; die Ehefrau des Klägers hat in dem erwähnten Vertrage erklärt, daß sie sich nicht sofort darüber auszulassen vermöge, ob sie mit dieser Abfindung zufrieden sein könne, und in der Klage und Replik behauptet, daß sie in der Ueberzeugung, daß sie durch die Festsetzung ihrer Abfindung übermäßig und in ihrem Pflichttheile verletzt sei, schon bei Aufnahme des Contractes erklärt habe, daß sie mit dieser nicht zufrieden sein könne, sondern sich ihre Rechte vorbehalten müsse. Der Kläger gesteht zu: daß die verschriebenen 40 Thlr. von dem Beklagten mit Wissen und Willen seiner Ehefrau an ihn bis zum December 1853 berichtigt seien; behauptet aber, daß er und seine Ehefrau bei Annahme der vom Beklagten berichtigten Summe sich ihre Rechte vorbehalten haben.

2) Der Hofverlaßcontract vom 7. März/1. Mai 1850 ist ein hauptsächlich, wenn auch nicht allein, in bäuerlichen Verhältnissen vorkommender, dem deutschen Rechte eigenthümlicher Gutsübergabevertrag, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, nicht aber ein deutsch-rechtlicher Erbvertrag, denn er hat nicht eine künftige, noch nicht angefallene Erbschaft zum Gegenstande, durch ihn wird ein Erbrecht weder begründet, noch aufgehoben, sondern über das gegenwärtige bewegliche und unbewegliche Vermögen des Cedenten disponirt, dieses in das sofortige und ausschließliche Eigenthum des Beklagten gegen von demselben zu beschaffende Gegenleistungen, mittelst einer gänzlichen und sofort wirksamen Veräußerung, übertragen.

Mittermaier, deutsches Priv.-R. 6. Aufl. §. 290. 453. 497 a.
Beseler, Erbverträge Th. 2. §. 1 u. 2. Th. 3. §. 23.

3) Nach den Behauptungen des Klägers ist in diesen auf den ersten Blick als pactum annexum erscheinenden Vertrag (als ein solcher würde er wegen Pflichttheilsverletzung gar nicht angefochten werden können) eine Schenkung eingeflochten, indem der Werth der dem Beklagten übertragenen unbeweglichen und beweglichen Vermögensobjecte den Werth der von ihm übernommenen Gegenleistungen und sonstigen Ansprüche übersteigen soll; dieser Ueberschuß würde als eine reine Liberalität, als eine Schenkung zu betrachten sein, und insofern und insoweit durch die in dem gemischten, theils onerosen, theils lucrativen Rechtsgeschäfte enthaltene Schenkung in die Pflichttheilsrechte der Erben eingegriffen ist, ist eine Anfechtung des Geschäfts zulässig; die actio suppletoria findet aber zu diesem Zwecke nicht statt, denn diese ist nur behufs der Ergänzung des Pflichttheils gegeben, wenn durch ein Rechtsgeschäft auf den Todesfall dem Pflichttheilsberechtigten weniger zugewendet ist, als sein Pflichttheil beträgt; wenn aber durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und zwar durch eine in demselben enthaltene Schenkung der Schenkende aus seinem Vermögen so viel weggegeben hat, daß der Pflichttheil der dazu berechtigten Erben nicht mehr darin geblieben ist, so hat nach dem Tode des Schenkenden der verletzte Erbe das Recht, mittelst der querela inofficiosae donationis das Geschäft soweit anzufechten, als sein Pflichttheil durch die Liberalität des schenkenden Erblassers verletzt ist.

L. 2. 7. 8 C. de inoff. donat.
coll. L. 20 C. de inoff. testam.
coll. L. 5. §. 5 de donat. inter vir. et uxorem.
Beseler, Erbverträge Th. 2. §. 11. vgl. Th. 3. §. 23.
Francke, Notherbenrecht §. 44. 46.

Die querela inofficiosae donationis ist nach Analogie der querela inoff. testam. gegeben.

L. 1. 2. 4. 6. 9 C. de inoff. don. 3, 29.

Die hinsichtlich der querela inoff. testam. geltenden Grundsätze müssen daher auch für die querela inoff. donat. maßgebend sein, so weit dies nicht wegen Verschiedenheit des Grundes und Zweckes beider Klagen unzulässig ist.

Francke, Notherbenrecht §. 44.

Beide Klagen haben das mit einander gemein, daß sie sich auf eine Pflichtvergessenheit des Erblassers stützen, infolge welcher derselbe durch liberale Zuwendungen an Andere den Pflichttheil seiner eigenen Erben geschmälert hat, daß sie auf Rescission eines an sich giltigen Rechtsgeschäfts des Erblassers wegen der erblosen Zuwendungen gerichtet sind.

Aus dieser Uebereinstimmung beider Klagen ergibt sich, daß beide als actiones vindictam spirantes erscheinen mit den daraus sich ergebenden Consequenzen, daß beide an die kürzere fünfjährige Verjährungsfrist gebunden sind, und bereits präparirt auf die Erben übergehen, lediglich subsidiäre Rechtsmittel sind, nicht bloß durch einen ausdrücklichen Verzicht, sondern durch jeden Act, welcher eine Anerkennung der Willensbestimmung des Erblassers enthält, ausgeschlossen werden.

L. 2. L. 5. §. 1. L. 8. §. 16. L. 28. L. 8 §. 17. L. 19. L. 12 pr. L. 23. §. 1. L. 31. §. 3. L. 6. §. 2. L. 7. L. 32 pr. D. de inoff. testam. 5, 2.
§. 2 Inst. eod. 2, 18.
L. 4 C. de liberis praet. 6, 28.
L. 5. L. 29. L. 34. L. 35. §. 12. L. 36. §. 2 C. de inoff. test. 3, 28.
coll. L. 2. 5. 7. 8. 9 C. de inoff. don. 3, 29.

4) Für eine agnitio judicii defuncti ist aber in den Gesetzen ausdrücklich die wissentliche von dem Erben erfolgte Annahme desjenigen, was durch das Rechtsgeschäft ihm, dem sich dadurch verletzt erachtenten Pflichttheilsberechtigten, von dem Erblasser zugewendet ist, erklärt, während eine solche Annahme die Möglichkeit der Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen formeller oder materieller Nichtigkeit desselben nicht ausschließt.

L. 10. §. 1. L. 12 pr. §. 2. L. 23. §. 1. L. 31. §. 3 de inoff. test. 5, 2.
L. 5 pr. L. 24 de his quae ut indign. 34, 9.
L. 6 C. de inoff. don. 3, 29.

5) Es steht als gewiß fest, daß des Klägers Ehefrau der Aufnahme des Vertrags vom 7. März 1850 beigewohnt, dessen Bestimmungen, namentlich die Leistungen, resp. Gegenleistungen ihres Vaters und Bruders gekannt, durch die Festsetzung ihrer Abfindung, wie Kläger ausdrücklich behauptet, sich in ihrem Pflichttheile verletzt erachtet und deshalb sofort sich ihre Rechte vorbehalten habe, daß mit ihrem Wissen und Willen an ihren Ehemann, den Kläger, von dem Beklagten die in dem Vertrage

ausgesetzten 40 Thlr. innerhalb der gesetzten Fristen berichtigt seien; es ist daher kein Zweifel, daß an sich eine wissentliche Annahme der von dem Beklagten zu leistenden, von ihrem Vater für sie ausbedungenen Abfindung von Seiten der Ehefrau des Klägers vorliegt, obwohl sie der Pflichttheilsverletzung durch den Vertrag schon zur Zeit der Errichtung desselben sich sehr wohl bewußt gewesen, und deshalb die Einrede des Verzichts auf die querela inoff. donat. begründet ist.

Der ganz unbestimmte und allgemeine Vorbehalt der Rechte, welchen der Kläger und dessen Ehefrau bei Annahme der Abfindungsberichtigungen gemacht haben wollen, ist irrelevant, indem einestheils aus den Behauptungen des Klägers nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, welche Rechte und in welcher Maße solche von ihnen reservirt sind, und z. B. ein genereller Vorbehalt des Rechts auf den Pflichttheil aus dem demnächstigen väterlichen Nachlasse überhaupt für den vorliegenden Fall ganz bedeutungslos gewesen sein würde, und anderntheils, wenn, was nirgend, wenigstens nicht mit genügender Bestimmtheit behauptet ist, der Kläger und dessen Ehefrau sich das Recht der Anfechtung des eine Pflichttheilsverletzung involvirenden Vertrags, welchen die Letztere durch Annahme der für sie darin stipulirten Abfindung ipso facto gebilligt hat und welchem sie dadurch für ihre Person beigetreten ist,

arg. L. 9 D. et L. 19 C. de neg. gest.

einseitig vorbehalten haben sollten, ein solcher mit ihrer Handlungsweise im Widerspruche stehender vager Protest nicht geeignet sein kann, gegen den seine vertragsmäßige Obliegenheit erfüllenden Beklagten die in den Gesetzen nicht begünstigte Anfechtungsbefugniß der Ehefrau des Klägers mittelst der querela inoff. donat. aufrecht zu erhalten.

Ein ausdrücklicher Verzicht der Ehefrau des Klägers ist von dem Beklagten nirgends behauptet und zu der Begründung der von ihm vorgeschützten Einrede überhaupt nicht erforderlich, dagegen von dem Kläger zugestanden, daß die vertragsmäßigen Leistungen des Beklagten an seine Ehefrau mit deren Wissen und Willen, also in deren Auftrage oder mit deren Ratihabition an ihn beschafft seien, und dieses genügt.

Die Beschwerde des Beklagten wegen der geschehenen Verwerfung der Einrede des Verzichts ist daher begründet.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel v. 16. Juni 1857.

Präjudiz 2.

In der zwischen dem Kothsassen Heinrich Rick zu Büddenstedt und seiner zweiten Ehefrau am 12. Juli 1828 errichteten Ehestiftung wurde bestimmt, daß, wenn der Sohn erster Ehe, Heinrich Wilhelm Rick, sich gut und ordentlich betrage, so daß der Vater überzeugt sein könne, mit ihm in Ruhe und Eintracht zu leben, dieser demnächst den Hof nebst Zubehör erhalten solle. Wenn der Sohn sich nicht ordentlich betrage, so trete die Tochter erster Ehe in dessen Stelle; würden sich übrigens beide Kinder nicht so aufführen und betragen, daß der Vater gegründete Hoffnung haben könne, mit ihnen in Eintracht zu leben, so sei derselbe durch diese Bestimmung nicht ferner gebunden, einem der Kinder erster Ehe seine Güter abzutreten, und behalte sich für diesen Fall die Befugniß vor, über seine Güter anderweit zu verfügen.

Rick erzeugte in zweiter Ehe vier Töchter und übertrug am 5. October 1855 vor dem Amtsgerichte Schöningen in Form eines Kaufcontracts unter Zustimmung seiner Tochter erster Ehe den Hof nebst Zubehör und Inventarien an den Ackergehilfen Sührig, den Verlobten der einen Rick'schen Tochter zweiter Ehe, welcher sodann in der gleichzeitig errichteten Ehestiftung den Hof seiner Braut zuheirathete. Rick erklärte dabei, daß sich sein Sohn erster Ehe nicht gut und ordentlich betragen und dadurch sein Anrecht auf den Hof verwirkt habe, und ließ sich eine Leibzucht und jedem seiner sechs Kinder eine Abfindung von 100 Thalern, welche für den Sohn erster Ehe nach einer vorgängigen dreimonatlichen Loskündigung fällig sein solle, zusichern. Die Braut verschrieb ihre Abfindung zu 100 Thalern dem Hofannehmer Sührig als Brautschatz.

Am 31. Januar 1857 erhob nun Heinrich Wilhelm Rick bei dem Kreisgerichte Helmstedt gegen seinen Vater, den v. Sührig und dessen Braut eine Klage auf Herausgabe des Hofes, eventuell auf Erhöhung der Abfindung bis zu 500 Thalern. Die Hauptklage wurde am 7. October 1857 in der Berufungsinstanz von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel für begründet erkannt, falls Kläger beweise, daß er sich gut und ordentlich betragen habe, so daß sein Vater mit ihm in Ruhe und Eintracht werde leben können. Die eventuelle Klage, welche von den Beklagten als verfrüht bestritten war, wurde von dem Kreisgerichte Helmstedt am 15. Juni 1857 dahin entschieden, daß Kläger zu beweisen habe, „daß die Abfindung zu 100 Thalern nach den Kräften des Hofes zur Zeit der Ueberlassung zu gering, vielmehr auf 300 Thaler angemessen zu bestimmen sei.“ Von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel wurde diese Entscheidung am 7. October 1857 bestätigt aus folgenden Gründen:

Für den Fall des Mißlingens des in der Hauptklage erkannten Beweises erscheint der Anspruch auf erhöhte Abfindung begründet und fällig, da auch für den Kläger die im Vertrage vom 12. Juli 1828 enthaltene Bestimmung in Kraft treten würde, wonach „die Kinder erster und zweiter Ehe eine ganz gleiche Aussteuer und Abfindung vom Hofe erhalten, welche bei der Annahme des Hofes den dereinstigen Umständen gemäß bestimmt werden soll.“ Diese Worte geben jedem nicht zur Hofesnachfolge gelangenden Kinde, welches der zu seinem Besten „zwischen den Contrahenten festgesetzten“ Bestimmung vor deren Wiederaufhebung durch allseitiges Einverständniß der Contrahenten beitritt, wie dieses vom Kläger durch Erhebung des eventuellen Anspruchs auf erhöhte Abfindung geschehen ist, ein vertragsmäßiges Klagerecht auf eine bei der Annahme des Hofes den derzeitigen Kräften desselben angemessen zu bestimmende Abfindung. Da nun durch den Vertrag vom 5. October 1855 eine verfrühte Erbfolge in den Hof, also eine Abgabe und Annahme des Hofes im Sinne des Vertrags vom 12. Juli 1828 stattgefunden hat, so ist der Anspruch des Klägers auf Bestimmung einer angemessenen Abfindung um so gewisser klagereif, je weniger bei einer zu Gunsten des gesetzlichen oder ernannten Anerben statgehabten Successionsverfrühung die Erbansprüche der Abfindlinge ohne Ungerechtigkeit bis zum Tode des Abtretenden verschoben werden dürfen.

Runde, Leibzucht §. 67.

und da nach einer allgemeinen Observanz Abfindungen, deren Fälligkeitstermin unbestimmt geblieben ist, dann entrichtet werden, wenn die abzufindenden Erben sich verheirathen oder vom Hofe kommen und einen eigenen Haushalt anfangen,

Steinacker, Braunschw. Priv.-R. S. 334.

welches letzte hinsichtlich des Klägers der Fall ist, wenn er das Anerbenrecht am väterlichen Hofe nicht erstreitet: so muß selbst der Anspruch auf Zahlung einer den Hofeskräften gemäß festzustellenden Abfindung eventuell für erwachsen erachtet werden. —

Dagegen wurde durch Erkenntniß des Cassationshofes zu Wolfenbüttel vom 14. December 1857 die eventuelle Klage noch zur Zeit zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Der Vertrag vom 5. October 1855 ist nicht bloß als Kaufcontract betrachtet, sondern auch als bäuerlicher Hofübergabecontract aufgefaßt, ein Vertrag unter Lebenden und kein deutsch-rechtlicher Erbvertrag, indem durch denselben ein bestimmtes Vermögensobject gegen gewisse dem Annehmer auferlegte Verpflichtungen aus dem Vermögen des Uebertragenden sofort und vollständig veräußert und weggegeben wird, der Vertrag dagegen eine künftige noch nicht angefallene Erbschaft, eine Beerbung, nicht zum Gegenstande hat, durch denselben ein Erbrecht weder begründet noch aufgehoben wird.

Mittermaier, deutsches Priv.-R. 6. Aufl. §. 290. 433. 497 a.

Beseler, Erbverträge Th. 2. § 1 u. 2. Th. 3. §. 23.

Nach der Behauptung des Klägers ist der Vertrag vom 5. October 1855 ein oneroser Vertrag, in welchen eine Schenkung eingeflochten ist, indem der die Gegenleistungen des Annehmers angeblich überschießende Werth des Hofes qu. als schenkweise überlassenes Vermögen erscheint; ein solches gemischtes, theils oneroses, theils lucratives Rechtsgeschäft unter Lebenden kann, insofern und insoweit durch die darin enthaltene Liberalität des Veräußernden eine Pflichttheilsverletzung seines Notherben herbeigeführt wird, mittelst der nach Analogie der bei reinen Schenkungen stattfindenden querela inofficiosae donationis gegebenen Klage von dem Notherben angefochten werden.

L. 2. 7. 8 C. de inoff. don. 3, 29.
coll. L. 5. §. 5 de donat. inter vir. et uxor. 24, 1.
L. 38 de contrah. emt. 18, 1.
Francke, Notherbenrecht §. 46.
Puchta, Pand. §. 49. Nr. 5.

Die Klage ist eventuell von dem Kläger angestellt, indem er behauptet, daß in der Veräußerung des Hofes gegen ungenügende Gegenleistungen sein Vater von seinem Vermögen soviel weggeschenkt habe, daß ihm der gebührende Pflichttheil auch unter Berücksichtigung der ihm im Vertrage vom 5. October 1835 ausgesetzten Abfindung nicht mehr in demselben verblieben sei, und aus seinen Vorträgen nicht ersichtlich ist, daß eine andere Klage behufs Anfechtung der durch die angebliche Liberalität herbeigeführten Pflichttheilsverletzung von ihm beabsichtigt sei.

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß die Pflichttheilsverletzung gerade durch den angefochtenen Vertrag herbeigeführt sein und daß auch insofern auf die Zeit des Vertrages gesehen werden muß, als, wenn zur Zeit und in Folge des Rechtsgeschäfts eine Pflichttheilsverletzung des Notherben nach Maßgabe des dem Schenkenden bleibenden Vermögens nicht stattgefunden hat, eine nachherige Verminderung des Vermögens die Querel nicht zu begründen vermag.

Auf der andern Seite ist es eben so unzweifelhaft, daß die Querel, selbst wenn durch die Schenkung selbst soviel aus dem Vermögen des Schenkenden weggeschenkt ist, daß der Pflichttheil des Notherben nicht mehr darin geblieben ist, dann cessirt, wenn der Schenkende nachher soviel Vermögen erworben, daß die Pflichttheilsverletzung ausgeglichen und bei seinem Tode nicht mehr vorhanden ist.

Der Sohn eines Hofwirths hat kein Recht, — daß ihm von dem Hofe seines Vaters die angemessene Abfindung auch unter der Voraussetzung ausgesetzt werde, daß er durch das übrige ihm von dem Vater nachgelassene Vermögen für die ungenügende, seinen Pflichttheil nicht erreichende Abfindung vom Hofe entschädigt wird; es ist daher ein Unterschied in Bezug auf einen bäuerlichen Hofübergabecontract und ein anderes Rechtsgeschäft des Hofwirths unter Lebenden rücksichtlich der querela inofficiosae donationis nicht anzunehmen. Hieraus folgt aber ebenso, wie aus dem Umstande, daß das Recht des zur Zeit des Rechtsgeschäfts präsumtiven Notherben auf den Pflichttheil selbstverständlich erst mit dem Tode des Veräußernden existent wird, daß die querela inoff. donat. nicht bei Lebzeiten, sondern erst nach dem Tode des Schenkenden angestellt werden kann.

L. ult. C. de inoff. don. 3, 29.
Nov. 92. c. 1 pr.
Francke, Notherbenrecht S. 510. 511.
Mühlenbruch, Pand. §. 774.

Gegen diese Rechtssätze hat die sent. a qua verstoßen, wenn sie bei Lebzeiten des Mitbeklagten Rick die eventuelle Klage auf Erhöhung der Abfindung behufs Beseitigung der Pflichttheilsverletzung zugelassen hat; diese Entscheidung ist daher aufzuheben, die eventuelle Klage vielmehr als zur Zeit unzulässig zurückzuweisen.

Zeitschrift f. Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 5. S. 134 ff.

Präjudiz 3.

Die Ilse'schen Eheleute zu Deensen übertrugen laut Verlaßcontracts vom 16. Januar 1826 ihren Großkothhof nebst Zubehör und 6 Morgen Erbländerei an ihren Sohn Heinrich Christoph Ilse gegen Uebernahme der Schulden, einer Leibzucht und Abfindungen für seine sechs Geschwister. Zugleich wurde bestimmt, daß der demnächstige Nachlaß der Leibzüchter gleichmäßig unter alle sieben Kinder vertheilt werden solle. Der Cedent Ilse starb im J. 1831, dessen Ehefrau im Jahre 1843.

Am 17. Mai 1856 erhoben drei Geschwister des Hofannehmers gegen denselben Klage auf Ergänzung ihres Pflichttheils, weil die ausgesetzten Abfindungen zwar als angemessene Abfindungen vom Hofe gelten könnten, sie jedoch von der Erbländerei noch nichts erhalten hätten. Von dem Kreisgerichte Holzminden wurde diese Klage am 27. December 1856 als verjährt zurückgewiesen, weil, wenn auch nach der von Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 34. S. 22 f. und von Puchta, Pand. §. 489 a. E. aufgestellten richtigen Ansicht die actio suppletoria ex L. 30 de inoff. test. in 30 Jahren verjähre, diese Klage doch nur einem in einem Testamente nicht genügend bedachten Erben gegeben sei, also im Fragefalle, wo nicht ein Testament, sondern ein Cessionsvertrag, ein Geschäft unter Lebenden angefochten werde, nicht angestellt sein könne; die hier allein zulässige querela inofficiosae donationis aber in fünf Jahren verjähre.

Das Obergericht zu Wolfenbüttel bestätigte am 6. März 1857 diese Entscheidung, in Erwägung,

daß der nicht bloß, wenn auch vorzugsweise, in Bezug auf Bauergüter vorkommende Gutsübergabecontract, durch welchen ein Gutsbesitzer seine Grundstücke auf den Annehmer zum erblichen Besitze oder Eigenthume unwiderruflich und unmittelbar unter Verpflichtung desselben zur Uebernahme einer Leibzucht und etwaiger anderer Prästationen überträgt, ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Rechtsgeschäft ist, welches nach seiner rechtlichen Natur, Bedeutung und Wirksamkeit nicht zu den dem deutschen Rechte gleichfalls angehörigen Erbverträgen gerechnet werden kann, indem der Umstand, daß die Gutsbesitzer häufig durch solche Verträge gegen eine nicht genügende Vergeltung bestimmte Vermögensgegenstände ihren Angehörigen zuwenden, auf welche diese erst nach ihrem Tode in Folge der eröffneten Erbschaft einen Anspruch erlangt haben würden, derartige Verträge, durch welche mit festgestellten, den Schenknehmern auferlegten Verpflichtungen diesen ein Vermögensobject definitiv übertragen und von den Schenkenden deshalb eine wirkliche Veräußerung vorgenommen wird, weil eher als donationes inter vivos sub modo, denn als deutschrechtliche Erbverträge, welche die künftige, noch nicht angefallene Erbschaft einer Person, eine Beerbung zum Gegenstande haben, durch welche ein Erbrecht begründet oder aufgehoben wird, erscheinen läßt,

Mittermaier, deutsches Pr.-R. 6. Aufl. §. 290. 453. 497 a.
Beseler, Erbverträge Th. 2. §. 1 u. 2. Th. 3. §. 23.

der Hofverlaßcontract vom 16. Januar 1826, welcher übrigens in Bezug auf die Ergänzungsklage nur insoweit in Betracht kommt, als derselbe die Ueberlassung der Grundstücke zum Gegenstande hat, während der schließliche Vertrag über den künftigen Leibzuchtsnachlaß von keinem Einflusse ist, nach der eigenen Darstellung der Kläger als ein oneroser Vertrag erscheint, in welchen eine Schenkung eingeflochten ist, dergestalt, daß der die in der Uebernahme von Schulden, von einer Leibzucht und von Abfindungen bestehenden Gegenleistungen des Beklagten überschießende Werth der ihm von seinen Eltern verlassenen Grundstücke als ihm durch Liberalität der Eltern zugewendetes Vermögen betrachtet werden müßte, eine Anfechtung derartiger gemischter, theils oneroser, theils lucrativer Rechtsgeschäfte, insofern und insoweit durch die darin enthaltene Liberalität eine Verletzung im Pflichttheile für die zu einem solchen berechtigten Erben herbeigeführt wird, nach Analogie der bei reinen Schenkungen gegebenen querela inoff. donat. gesetzlich gestattet, indessen diese Klage an die für die querela inoff. donat. geordneten Verjährungsfristen gebunden ist,

L. 2. 7. 8 C. de inoff. donat.
coll. L. 5. §. 5 de don. inter vir. et uxor. 24, 1.
L. 38 de contrah. emt. 18, 1.
Beseler, a. a. O. Th. 3. §. 23.
Francke, Notherbenrecht §. 46.

und wenn auch, weil die Schenkenden nach der Schenkung möglicher Weise noch soviel Vermögen erwerben können, daß bei ihrem Tode die in der von ihnen vorgenommenen Schenkung liegende Pflichttheilsverletzung ausgeglichen ist, die Verjährung erst mit dem Tode der Schenkgeber beginnen kann, die fünfjährige Verjährungszeit, weil der Vater des Beklagten im Jahre 1831, die Mutter im Jahre 1843 bereits verstorben ist, im Mai 1856 zur Zeit der Anstellung der Klage jedenfalls längst abgelaufen sein würde,

L. ult. C. de inoff. test.
Francke, Notherbenrecht §. 43. S. 510. 511.

die Einrede der Verjährung daher mit Recht für begründet erkannt ist,

jedoch die Behauptung der Kläger, daß die Voraussetzungen der actio suppletoria hier zuträfen, diese von ihnen angestellt

und die Verjährungszeit dieser Klagen hier platzgreifend sei, unbegründet ist, indem die actio suppletoria nur für den Fall gegeben ist, daß dem Pflichttheilsberechtigten durch eine letztwillige Verfügung oder allenfalls einen Erbvertrag weniger ausgesetzt ist, als sein Pflichttheil beträgt,

Beseler, Erbverträge Th. 2. §. 11. Th. 3. §. 23.
L. 30 C. de inoff. test.

hier aber nicht durch eine letztwillige Verfügung oder Erbvertrag, sondern durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden die Kläger im Pflichttheile verletzt sein sollen.

Zeitschrift f. Rechtspfl. f. Braunschweig Jahrg. 5. S. 137 ff.

Querela inofficiosae dotis.

Tappen, diss. de remediis emend. laesionis ex dote, et sigillatim ea quae inofficiosa dicitur sect. 2. §. 29—48.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 181.
Francke, Notherbenrecht §. 45.
Thomasius, diss. de legit. viventis cap. 2. §. 24—31.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 130 f.

I.

Streitig ist, welches der Sinn und die Bedeutung der über diese Lehre allein sprechenden L. un. C. de inoff. dotib. 3, 30 sei*).

Einige verstehen dieses Gesetz von einer Mutter, welche ihrem zweiten Ehemanne zum Nachtheile ihrer Kinder erster Ehe ihr ganzes Vermögen zum Heirathsgut auf eine solche Art überlassen habe, daß es derselbe nach ihrem Tode behalten solle, und wollen das Gesetz auf diesen Fall beschränken. Man sagt, Tribonian habe die L. 2 C. Theod. de inoff. dot. vor Augen gehabt, und aus dieser müsse die L. un. cit. interpretirt werden. Das Gesetz finde also keine Anwendung, wenn die Mutter ihr Vermögen ihrem ersten Ehemanne in dotem gegeben, dergestalt, daß er es nach ihrem Tode behalten solle. Hier sollten die mit ihrem Manne erzeugten Kinder deshalb keine Klage haben, weil sie ja ihren Vater ohnehin beerbten, und also durch die Handlung der Mutter nicht verletzt würden.

Molinaeus in tr. de inoff. test. donat. et dot. §. 72. und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 184 allegirten älteren Schriftsteller.

Andere meinen, jene Erklärung streite gegen den Geist des Gesetzes; es gebühre den Kindern der Pflichttheil sowohl aus dem mütterlichen wie aus dem väterlichen Nachlasse, und dieser dürfe nicht beschwert werden. Vielmehr lasse sich eine dos inofficiosa denken: a) wenn Eltern ihrer Tochter einen solchen Brautschatz geben, daß dadurch die übrigen Kinder im Pflichttheil verletzt würden; b) wenn die Mutter ihrem Ehemanne eine dos von solcher Größe, und zwar dergestalt, daß er sie nach ihrem Tode behalten solle, zuwende, daß die Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt würden; c) wenn eine Tochter ihr Vermögen ihrem Manne unwiderruflich als dos so zuwende, daß, wenn sie ohne Kinder verstorben wäre, die Eltern im Pflichttheile verletzt würden; d) wenn ein Bruder oder eine Schwester durch Ausstattung einer persona turpis, zum Nachtheile des Pflichttheils der Geschwister, sein Vermögen weggegeben habe.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 186 f. und die daselbst Genannten.
Francke, Notherbenrecht S. 537.
Sintenis, Civilrecht §. 200. Not. 17.

Andere meinen, wenn auch die letztere Ansicht nach dem Geiste der L. un. richtig sei, so sei doch die querela für manche Fälle ihrer früheren Anwendbarkeit jetzt unnöthig geworden, seitdem durch neuere Gesetze dafür gesorgt sei, daß die Rechte der Kinder durch Eingehung einer zweiten Ehe ihres parens nicht leicht gefährdet werden könnten. Vgl. L. 6 pr. in f. C. de secund. nupt. 5, 9.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 130 f.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 3. S. 91.

II.

Streitig ist, ob die querela inoff. dotis anwendbar sei, wenn die Kinder erster Ehe durch Eingehung einer zweiten Ehe ihrer Mutter und durch Bestellung einer übermäßigen dos seitens derselben, welche der zweite Ehemann auch nach dem Tode seiner Frau behalten solle, in ihrem Pflichttheile verletzt sind.

Einige gestatten in diesem Falle die querela inoff. dotis; denn die querela concurrire mit dem remedio ex L. 6 C. de sec. nupt. dergestalt, daß die Kinder mittelst der Querel ihren Pflichttheil fordern, durch das andere Rechtsmittel aber noch auf Theilung des übrigen von ihrer verstorbenen Mutter zum Brautschatze verwendeten Vermögens gegen ihren Stiefvater klagen könnten.

Brunnemann, Comm. ad tit. Cod. de inoff. dot. Nro. 5.
Tappen, diss. de remed. emend. laesion. ex dote, et sigill. ea quae inoff. dic. sect. 2. §. 41.

Andere lassen bloß die quer. inoff. dot. zu, weil sie den Kindern vortheilhafter sei, als das remedium ex L. 6 C. cit. Man nimmt dabei an, daß die Kinder das ganze Vermögen ihrer Mutter von dem Stiefvater abfordern könnten, weil hier die Mutter durch eine pflichtwidrige Handlung ihr Vermögen einem Fremden zugewendet habe.

Schmidt, Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen Bd. 3. §. 559.

Andere meinen, die quer. inoff. dot. sei in diesem Falle unstatthaft, weil alle Lieblosigkeitsklagen nur in subsidium, oder in Ermangelung eines anderen gleich wirksamen Rechtsmittels stattfinden. Ein solches sei aber in L. 6 cit. gegeben,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 130
Glück, Pand. Bd. 7. S. 187 und die Not. 90 und 91 Allegirten.

und das dem Ehemanne zuviel Gegebene sei, zum Besten der Kinder erster Ehe, ipso jure nichtig.

Francke, Notherbenrecht S. 538.

III.

Streitig ist, wann die Querel verjähre. Einige meinen, in dreißig Jahren.

*) L. un. cit.: Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, leges legibus concordare promtam est, at ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.

Tappen, diss. de remed. emend. laes. ex dote §. 46. und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 190. Not. 1. 2 u. 3 Aufgeführten.

Andere meinen, die Querel verjähre in fünf Jahren, aus denselben Gründen, weshalb die querela inoff. donationis in dieser Zeit verjähre. Zu einer 30jährigen Verjährung liege gar kein Grund vor, zumal eine dos weit eher gesichert zu werden verdiene, als eine gewöhnliche Schenkung.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 190 und die sub 5. 6. 7 daselbst Aufgeführten.
Francke, Notherbenrecht S. 538.
Sintenis, Civilrecht §. 200. Not. 16.

Querela inofficiosi testamenti.

Die Litteratur siehe bei Notherbenrecht.

I.

Streitig ist, ob die querela inoff. test. nur ein vorbereitendes Rechtsmittel sei.

Einige meinen, die querela inoff. test. sei nur ein vorbereitendes Rechtsmittel, wodurch man sich den Weg zur hereditatis petitio zu bahnen suche, und mit welchem also nur die Rescission des pflichtwidrigen Testaments gefordert werde. Dagegen werde die Herausgabe der Erbschaft selbst, erst demnächst, mit der späterhin anzustellenden, oder auch heutzutage mit der Querel zu cumulirenden hereditatis petitio bewirkt.

Raevardus, de praejudiciis lib. 1. cap. 13.
Cocceji, jur. civ. controv. 5. 2. qu. 2.
Reuter, diss. de effectu querelae inoff. testam. §. 26—29.
Hommel, diss. de victoria querelae inoff. §. 10.
Woltair in obs. jur. civ. fasc. 2. obs. 27.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 264.
Haubold, diss. de different. int. test. nullum et inoff. cap. 4. p. 16.
und die bei Francke, Notherbenrecht S. 254. Not. 9 Allegirten.
Bluntschli, Erbf. gegen letzten Willen S. 172.
Fabricius, Ursprung der bon. poss. S. 136.
Leist, bon. poss. Bd. 2. Abth. 2. S. 41.

Andere meinen, mit der Querel verlange der Kläger nicht nur die Rescission des lieblosen Testaments, sondern es müsse diese Klage zugleich auf Herausgabe des dem Kläger gebührenden Intestaterbtheils gerichtet werden, L. 8. §. 8. L. 17 pr. L. 19. L. 20 D. de inoff. test. 5, 2. Es sei die Querel eine wahre hereditatis petitio, dahin gerichtet, daß der Kläger, nach vorgängiger Rescission des lieblosen Testaments, als Intestaterbe anerkannt, und ihm demnach sein Intestaterbtheil herausgegeben werde. Mit Unrecht werde dagegen angeführt, daß, so lange das Testament bestehe, keine hered. pet. ab intestato gegen den Erben stattfinden könne, und daß ferner eine Erbschaftsklage nur gegen einen unrechtmäßigen Besitzer der Erbschaft statthaft sei. Es werde hier gerade durch den fingirten Wahnsinn des Erblassers die Erhebung der Erbschaftsklage dem gesetzlichen Erben gegen den Eingesetzten möglich gemacht. Allerdings sei die Klage in ihrer Begründung von der gewöhnlichen hered. pet. ab intestato verschieden, indem sie außer dem Intestaterbrechte noch ein Pflichttheilsrecht voraussetze, aus welchem die Rescission des Testaments verlangt werden könne. Hieraus folge aber nicht, daß die Querel ein präparatorisches Rechtsmittel sei, sondern nur das folge, daß sie eine sog. qualificirte Erbschaftsklage sei, welche ihrer eigenthümlichen Begründung wegen auch nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werde. Sie werde deshalb in den Quellen geradezu hereditatis petitio ex causa inofficiosae querelae, oder hereditatis petitio ex nomine de inofficioso genannt, L. 30 pr. de bon. poss. contr. tab. 37, 4. L. 34 C. de inoff. test. 3, 28.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. c. 3.
Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 1 et 4.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 361.
Vinnius, sel. jur. qu. lib. 1. cap. 19.
Walch, introd. in contr. jur. p. 725.
Westphal, von Testam. §. 1019.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1690. not. b.
Francke, Notherbenrecht S. 254.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 349.
Puchta, Lehrbuch §. 483. Not. r.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 494.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 478.
Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 1.

Andere meinen, das Verhältniß der Querel zu der hereditatis petitio sei ein ähnliches, wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das des sog. judicium rescindens zu dem sog. judicium rescissorium. Nach Umständen fielen beide in einen Proceß zusammen, aber es könne das erste selbstständig nur das Restitutionserkenntniß erzielen, dessen materielle Folgen dann anderweit geltend zu machen seien.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 99. Not. 96.

II.

Die querela inoff. test. wurde in L. 2 D. de inoff. test. 5, 2 auf den color insaniae gestützt*).

Streitig ist nun, ob der ehemalige Vorwand, dessen sich der Kläger ursprünglich bedienen mußte: als ob der Testirer nicht bei gesundem Verstande gewesen sein könne, da er so unbillig testirt habe, auch noch nach dem neuesten Rechte stattfinde, und also heutzutage zur Begründung der Klage erforderlich sei.

Einige meinen, daß jener color furoris auch durch Nov. 115 nicht aufgehoben, ja sogar auch dann zum Grunde zu legen sei, wenn die Querel von Kindern oder Eltern angestellt werde. Denn die falsche Beschuldigung des Notherben beweise stets die Abwesenheit des ruhigen Selbstbewußtseins bei dem Testator. Auch komme nicht in Betracht, daß die Vermächtnisse gültig blieben, denn nur auf die Erbeseinsetzung sei durch Nov. 115 die fictio furoris beschränkt.

Vinnius in Comm. ad princ. Inst. de inoff. test. Nro. 8.
Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 3.
Westphal, von Testam. §. 1009.

Andere meinen, bei Kindern und Eltern sei der Vorwand des Wahnsinns zwar nicht nöthig, weil diese sich darauf berufen könnten, daß die im Testamente an-

*) L. 2 cit.: Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit; sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

geführte Ursache unwahr sei, oder vom Verklagten nicht bewiesen werden könne; dagegen müsse bei der Querel der Geschwister jene Fiction auch heutzutage noch gebraucht werden, weil in Ansehung dieser das alte Recht nicht abgeändert sei.

Bock, Lehre von der Enterbung §. 13 u. 23.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 419 und die S. 418. Not. 71 u. 73 zahlreich Angeführten.

Andere meinen, daß es heutzutage des color dementiae bei der Querel gar nicht mehr bedürfe, möge sie von Kindern, Eltern oder Geschwistern angestellt werden. Denn die Römer hätten deshalb jene Fiction annehmen müssen, weil sonst kein Mittel vorhanden gewesen sei, ein nach den zwölf Tafeln unumstößliches Testament anzufechten. Da nun in der Folge bei den Geschwistern durch L. 27 C. de inoff. test. und bei den Eltern und Kindern durch die Nov. 115 die Querel die gesetzliche Bestimmung erhalten habe, so bedürfe es jetzt des Grundes jener Fiction nicht mehr.

Stein, vom pflichtwidrigen Testamente §. 34.
und die bei Glück, Pand. Bd. 7. S. 418. Not. 72 zahlreich angeführten Schriftsteller.

Vgl. auch

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 364—373.

mit

Fein in Glück's Pand. Bd. 43. S. 338 f.

III.

Streitig ist, ob die querela inoff. test. bei dem Testamente eines Bruders, worin eine persona turpis eingesetzt ist, auch dann stattfinde, wenn der überlebende Bruder selbst eine persona turpis ist.

Einige meinen, die L. 27 C. de inoff. test. rede allgemein und mache keinen Unterschied, ob der überlebende Bruder eine persona turpis sei oder nicht; es könne deshalb jedes Mal, sobald der eingesetzte Erbe eine persona turpis sei, das Testament durch die querela inoff. test. angefochten werden.

Struv, exerc. 10. §. 18.

Andere behaupten das Gegentheil; es beruhe auf allgemeinen Grundsätzen, daß die Klage den Geschwistern nicht zustehe, wenn sie selbst ehrlos seien; in solchen Fällen cessire in Beziehung auf sie alle turpitudo, weil man nicht sagen könne, daß, da ihnen solche Personen vorgezogen seien, ihnen Unrecht widerfahre, vielmehr müsse die allgemeine Vorschrift eintreten, nach welcher Geschwistern erlaubt sei, sich einander im Testamente zu übergehen. Vgl. auch L. 11 C. de inoff. test.

Müller ad Struv. exerc. 10. §. 18.
Stryk, usus mod. tit. de inoff. test. §. 5.
Stryk, caut. test. cap. 16. §. 12.
Cocceji, jur. civ. contr. tit. de inoff. test. qu. 12.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 17. not. 8.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. Nr. 219.

IV.

Streitig ist, ob Geschwister, wenn eine persona turpis eingesetzt ist, und ohne Grund ausgeschlossene Ascendenten mit einander zur Querel berechtigt sind, oder ob Erstere von Letzteren stets ausgeschlossen werden.

Einige meinen, ein Zusammentreffen dieser Art sei gar nicht möglich, da die Geschwister überall kein Recht auf die Querel hätten, wenn erbberechtigte Ascendenten vorhanden seien.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 12 und die Not. 47—53 Aufgeführten.
Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 260.
Puchta, Pand. §. 488. Not. g.

Andere meinen, wenn die Geschwister mit den Ascendenten zur Intestaterbfolge gleichmäßig berufen seien, so seien sie auch neben den Ascendenten zur Querel zuzulassen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 232—236 u. S. 397. Bd. 37. S. 375.
Francke, Notherbenrecht S. 202—206.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 158.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 262.

V.

Streitig ist, ob nach Nov. 115 sich eine querela inoff. testam. partiaris noch annehmen lasse.

Einige verneinen dies und nehmen an, daß die letztwillige Verfügung, bei begründeter Querel, allemal zu Grunde gehe und die reine Intestaterbfolge eintrete. Hierfür sprächen die Worte am Ende des cap. 3: sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant; und die Worte des cap. 4: everso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari sancimus.

Hommel, diss. de victoria querelae tertio proficua §. 12 et 13.
Bock, Lehre von der Enterbung §. 26. S. 91.
Koch, diss. quatenus testator per querelam inoff. reddatur intestat. p. 197.

Andere meinen, es sei nicht anzunehmen, daß Justinian die vielen Gesetze (L. 8. §. 8. L. 16. L. 19. L. 25. §. 1. L. 27. §. 3 D. L. 13 C. de inoff. test.), welche von der Inofficiositätsklage als einer hereditatis petitio partiaria handeln, durch Nov. 115 habe aufheben wollen, ohne nur ein Wort davon zu sagen.

Schrader, Comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inoff. test. §. 73.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 449.

VI.

Streitig ist, gegen wen die quer. inoff. test. angestellt werden müsse.

Einige, welche von der Voraussetzung ausgehen, die querela sei ein bloßes praejudicium, mit der alleinigen Wirkung, das inofficiöse Testament zu rescindiren, meinen, die querela werde als hereditatis petitio ex causa inoff. testam. aufzufassen sein. Bei einem Descendenten mit Civilintestaterbrecht mache dies auch gar keine Schwierigkeit; er müsse die hered. petitio als auf Anerkennung des Erbrechts gerichtet, ebensowohl gegen den bloßen pro herede oder pro possessore Besitzer, als gegen den scriptus heres anstellen können; deshalb könne diese Klage auf Anerkennung des Erbrechts nur gegen den scriptus heres gedacht werden; aber wenn Letzterer freilich Besitzer sei, so könne auch zugleich die Herausgabe des Besitzes verlangt werden; wo aber dies

nicht der Fall sei, werde gegen den Besitzer noch die wahre hered. petitio angestellt, und die querela erscheine dafür nur als praejudicium.

Leist, bon. poss. Bd. 2. Abth. 2. S. 41.

Andere meinen, der scriptus heres allein habe das Testament für sich, und nur gegen ihn könne die hered. petitio außer den übrigen gewöhnlichen Erfordernissen noch die specielle causa inofficiosi enthalten, gegen dritte Personen wäre die letzte völlig zwecklos und ohne Sinn.

Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 199. Not. 1.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 358 f.

Vgl. Contr. 12.

VII.

Die quer. inoff. test. setzt voraus, daß der scriptus heres die Erbschaft angetreten habe. Zu solchem Ende hat Justinian in L. 36. §. 2 C. de inoff. test. vorgeschrieben, daß er sich, je nachdem er mit dem Pflichttheilsberechtigten in derselben oder in verschiedenen Provinzen wohne, binnen halbjähriger, resp. binnen Jahresfrist über den Erbantritt erklären, widrigenfalls aber dazu gezwungen werden solle.

Ueber die Ausführung dieser Maßregel herrscht Streit.

Einige fassen die Sache so auf: wenn der Notherbe die Querel anstellen wolle (si speratur de querela), sei eine wirkliche gesetzliche Frist a die mortis testatoris angeordnet, mit dem Präjudize des Erbantrittes, um dem Prätendenten einen Gegner zu schaffen (der eventuell dann Erbe bleiben müsse, wenn er den Proceß gewonnen habe).

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 296.
Puchta, Lehrbuch §. 498 b.

Andere nehmen umgekehrt nach L. 69 de acquir. hered. das Gegentheil an, also das Präjudiz der Ablehnung.

Francke, Notherbenrecht S. 256.

Andere wollen den Fristenlauf in die Hand des Richters legen.

Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 1.

VIII.

Streitig ist, ob es bestimmte Enterbungsursachen für Geschwister gebe.

Einige meinen, daß für die Ausschließung der Geschwister nur drei gesetzlich bestimmte Gründe, nämlich: Lebensnachstellung, Criminalanklagen und Anschläge gegen das Vermögen des Bruders, existirten. Man beruft sich auf Nov. 22. c. 47.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 15.
Voet, Comm. ad P. 5. 2 §. 24.
van de Poll, diss. de exhered. et praeter. cap. 64. §. 1.
Westenberg, princ. jur. 5. 2. §. 39.
Bauer, diss. de eo quod justum est circa formam exhered. §. 18.
Westphal, von Testam. §. 607.
Malblanc. princ. jur. Rom. §. 700.
Vinnius ad §. 1 Inst. de inoff. test. Nro. 6.
Griebner, diss. utrum fratres instituti querela probare teneantur §. 6 et 15.
Hunger, röm. Erbrecht S. 219. Not. 1.
Hartitzsch, Erbrecht §. 121.

Andere meinen, jene Ansicht sei jetzt allgemein verworfen. Die Nov. 22. c. 47 rede gar nicht von Testamenten und der Querel, sondern von der Intestaterbfolge. Außerdem sei bei jener Ansicht übersehen, daß die Vernachlässigung im Blödsinn in der Nov. 115 auch für die Geschwister als gültiger Ausschließungsgrund gebilligt sei. Und dann sei doch die Ausschließung der Geschwister wegen anderer grober Vergehen ebenso möglich, und müsse bei Beurtheilung eines jeden einzelnen Falles dem vernünftigen Ermessen des Gerichts anheim gegeben bleiben.

Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 9.
Emminghaus ad Cocc. T. I. p. 446.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 140.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1694.
Höpfner, Instit. §. 477.
Boof, Lehre von der Enterbung.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 206.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 697 u. 702.
Francke, Notherbenrecht S. 292.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 492. Not. g.
Hamberger, jus Rom. priv. T. III. §. 330.
Mejer in Schweppe's röm. Pr.-R. §. 960.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 478.

IX.

Streitig ist, ob im älteren Rechte ein Grund zur Ausschließung des Pflichttheilsberechtigten angegeben sein mußte.

Einige meinen, der Testator habe wenigstens im Allgemeinen das schlechte Benehmen des Ausgeschlossenen gegen ihn, im Testamente ausdrücklich rügen, ihn also wenigstens einen ingratum nennen, und sich für beleidigt erklären müssen, weil man ja sonst nicht wissen könne, ob er dessen Beleidigung sich auch wirklich zu Gemüthe gezogen habe. Ohne diese Aeußerung des Testators sei jeder Beweis des eingesetzten Erben über das pflichtvergessene Verhalten des Ausgeschlossenen gegen den Testator unzulässig und unnütz gewesen.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 395.
Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 1. S. 144—148.
Otto ad Inst. §. 5 de exhered. lib. Nro. 3.

Andere meinen, diese Annahme sei unrichtig; es liege durchaus keine Veranlassung vor, zu dem angegebenen Zwecke eine solche Erklärung von dem Testator zu verlangen, da eine Exheredation schon ein genügender Ausspruch sei, daß der Erblasser das schlechte Benehmen des Exheredirten sich zu Gemüthe gezogen habe, und nirgends in den Quellen eine Andeutung dieses Erfordernisses bei der Exheredation vor der Nov. 115 zu finden sei.

Francke, Notherbenrecht S. 290.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 122.

X.

Streitig ist, ob Geschwister, denen die querela inoff. test., wenn eine persona turpis eingesetzt ist, zusteht, wegen schlechten Benehmens gegen den Erblasser ausgeschlossen werden können.

Einige meinen, daß die Geschwister unbedingt gegen personae turpes mit ihrer Querel siegen müßten, selbst wenn sie sich gegen den Erblasser lieblos benommen haben sollten. Denn die Nov. 115 handle nur von Enterbungen der Kinder und Eltern, nicht auch von denen der Geschwister. Bei Geschwistern bestehe keine Ent-

erbungsursache, und die Gesetze gestatteten, im Falle eine persona turpis eingesetzt sei, die Querel, möge eine causa exheredationis vorhanden sein oder nicht.

Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 10.
Müller obs. ad Leyser. T. I. fasc. 2. obs. 231.
Fuchs, diss. de impugnatione testamenti fraterni.

Andere meinen das Gegentheil; denn wer die Ausschließung von der Erbschaft durch sein schlechtes Betragen verdient habe, könne sich nie über Lieblosigkeit beschweren, und daß die Lage der Geschwister besser sein sollte, als die der Descendenten und Ascendenten, sei nirgends gesagt. Auch ein Kind, welches die Enterbung verdiene und rite enterbt werde, habe keine Klage, wenn auch eine persona turpis sollte eingesetzt sein, und die Geschwister ständen doch im Pflichttheilsrechte nur schlechter. Vgl. auch L. 14. §. 6 D. de bonis libert. 38, 2. Nov. 115. cap. 3. §. 12. L. 11 C. 3, 28.

Francke, Notherbenrecht S. 291.
Weber zu Höpfner's Instit. §. 477. Not. 4.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 2. S. 219.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 697.

Der Querulant habe hiernach den Beweis seines guten Betragens im Allgemeinen zu liefern; seien aber im Testamente specielle Thatsachen eines unwürdigen Betragens angeführt, so müsse der Testamentserbe sie im Falle des Widerspruchs beweisen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 697.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 965.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 494.

XI.

Wenn neben dem Bruder ein gleich naher Intestaterbe, welcher aber kein Pflichttheilsrecht hat, z. B. ein Neffe vorhanden ist, der Bruder also zur Hälfte Intestaterbe wird, und, weil neben einer persona honesta eine persona turpis jede auf $^1/_2$ eingesetzt ist, gegen die persona turpis die Querel anstellt, so streitet man, ob der Bruder $^1/_2$ oder $^1/_4$ der Erbschaft bekommen würde.

Einige meinen, da der Kläger, welcher nur pro parte Erbe sei, gegen jeden Besitzer der Erbschaft seine Klage richten, und nur einen verhältnißmäßigen, seiner Erbportion angemessenen Theil des vom Verklagten Besessenen verlangen könne, gegen die persona turpis aber die Klage allein möglich, gegen die persona honesta aber die Querel unstatthaft sei, so könne der Bruder nur gegen die persona turpis die Klage auf $^1/_2$ anstellen, und erhalte derselbe also nur ein Viertheil der Erbschaft. Vgl. L. 1. §. 1 et 2 D. si pars hered. pet. 5, 4.

Schweppe, diss. de querela inoff. test. §. 23.

Andere meinen, der eingesetzte Erbe verdiene eine solche Begünstigung nicht, daß man durch starr consequente Durchführung eines Rechtssatzes ihm einen Theil der Erbportion zu erhalten suchen dürfte, während der pflichttheilsberechtigte Bruder, welcher den anderen Erben nicht belangen könne, seinen gesetzlichen Erbtheil noch nicht vollständig habe. Die Billigkeit, wie der Geist der L. 19 D. de inoff. test. sprächen dafür, den Satz, wonach eine hereditatis petitio partiaria gegen mehrere Besitzer zu theilen sei, hier für unanwendbar zu erklären; so gut in der L. 19 cit. eine Theilung der Klage in dem daselbst entschiedenen Falle durch die Annahme ausgeschlossen sei, daß gerade die eine von dem Fremden besessene Hälfte der Intestaterbtheil des Klägers sei, mit ebenso vielem Rechte sei dies gegen eine eingesetzte persona turpis erlaubt.

Voet ad P. 5. 2. §. 9.
Schrader, diss. de nexu successionis ab intest. et querela inoff. test. §. 80. p. 45 sq.
Francke, Notherbenrecht S. 269.

Vgl. auch

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 398 Not. 19.

Siehe auch Contr. 3.

XII.

Streitig ist, ob dem mit der quer. inoff. test. siegenden Kläger das Erbrecht zuzusprechen sei, und ob infolge dieses Ausspruches der Verklagte zur Restitution verurtheilt werden könne. Vgl. Contr. 1 u. 6.

Die Meisten bejahen dies, weil die Querel eine sog. qualificirte Erbschaftsklage sei; die Ansicht aber, daß sie nur eine präparatorische, ein sog. praejudicium sei, irrig sei.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 361 und die Not. 4 daselbst Aufgeführten.
Francke, Notherbenrecht S. 233.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 331.

Andere meinen, weil doch die heredit. petitio nicht eher wirksam sein könne, bis über den Inofficiositätspunkt entschieden sei, so müsse man auch hier nothwendig zwei Klagen annehmen, und dies gehe sogar aus den Stellen hervor, worauf man die Meinung stütze, die Querel sei mit der Erbschaftsklage identisch, indem jene Stellen die Querel als den Grund der hered. petitio dieser selbst entgegensetzten.

Klenze, querela inoff. test. p. 4—14.

Andere meinen, auch darin sei die querela von der hered. petitio verschieden, daß jene als vindictam spirans nicht auf die Erben übergehe, auch binnen fünf Jahren verjähre.

Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 2. p. 429.

Andere meinen, es seien die verschiedenen Zeiten zu berücksichtigen, und nehmen an, daß früher, wo die querela inoff. test. noch nicht als förmliche Klage anerkannt gewesen, schon auf die einseitige Beschwerde des Enterbten oder Uebergangenen das Testament für ungiltig erklärt und ihm der Besitz der Erbschaft zugesprochen worden sei, worauf dann die eingesetzten Erben, wenn sie sich damit durchzukommen getrauten, die hered. petitio in Form der sacramenti actio hätten anstellen können; seitdem sie aber als actio anerkannt worden, sei sie selbst eine besondere Art der hereditatis petitio.

Schilling, röm. Rechtsgeschichte S. 191—193.

XIII.

Man ist darüber einverstanden, daß die querela inoff. test. vermöge der Grundsätze der res judicata dann nur theilweise wirken könne, anderntheils aber das Testament

bestehen bleibe und der Testator also pro parte testatus, pro parte intestatus gestorben sei, wenn von mehreren eingesetzten Erben nur Einer verklagt oder verurtheilt ist — ingleichen darüber, daß die Wirkung dann eine totale sei, wenn mit der Querel die ganze Erbschaft ab intestato von dem einzigen, oder von allen der mehreren Intestat- und Notherben gegen den einzigen oder gegen alle von mehreren Testamentserben beansprucht und erlangt worden sei.

Ob aber die letztere Wirkung auch dann, wenn der obsiegende Kläger nicht der einzige Intestaterbe ist, also zu Gunsten nicht klagend aufgetretener Intestaterben eintrete, darüber herrscht Streit.

Einige meinen, das ganze Testament werde rescindirt und die Intestaterbfolge werde auch für die übrigen Intestaterben eröffnet. Man beruft sich darauf, daß der Kläger, wenn er auch nur einen Theil der Erbschaft in Anspruch nehme, nothwendig die Rescission des ganzen Testaments verlangen müsse, quis nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere poteat, und auch der Richter müsse, wenn er für den Kläger spreche, nothwendig von der Ansicht ausgehen, daß das ganze Testament ungiltig sei. Demnach müsse in solchem Falle immer das *ganze* Testament rescindirt werden, und geschehe dies, so müsse nach L. 6. §. 1. L. 8. §. 16. L. 28 de querela inoff. test. 5, 2 immer die volle Intestaterbfolge eintreten. Vgl. auch L. 4. §. 3 D. si serv. vind. 8, 5. L. 19 de quer. inoff. test. 5, 2.

Huschke im Rhein. Museum Bd. 6. S. 341.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 287.
Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 9.
Puchta, Lehrbuch §. 483. Not. v.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 966.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 494.

Andere meinen, die auf solche anderweite Intestaterben fallenden Portionen blieben bei dem Testamentserben zurück, und das Testament werde also nur theilweise rescindirt. Dies werde in L. 15. §. 2. L. 19. L. 24. L. 25 D. de inoff. test. 5, 2 und L. 13. L. 27 C. eod. deutlich ausgesprochen.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 436.
Francke, Notherbenrecht S. 299.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 397.
Schweppe, röm. P.-R. §. 963.
Thibaut, System §. 969.
Fritz in der Ausg. des Wening-Ingenheim'schen Lehrbuchs §. 494.
v. Vangerow, Pand. §. 479.

Nur in dem Falle, wenn *irrthümlich* das ganze Testament durch das richterliche Urtheil rescindirt würde, müßte man auch den übrigen Intestaterben eine Concurrenz mit dem Querulanten einräumen; denn in diesem Falle würde der Querulant als *Intestaterbe* die ganze Erbschaft erstreiten, und dann sei es in der Ordnung, daß *gegen diesen* die übrigen gleichberechtigten Intestaterben mit der einfachen hereditatis petitio ab intestato durchdringen könnten.

v. Vangerow, Pand. §. 479.

XIV.

Ebenso streitet man, ob der ex justa causa Ausgeschlossene oder titulo singulari mit dem Pflichttheile Bedachte doch bei der durch den Querulanten eröffneten Intestatsuccession miterbe.

Einige bejahen dies aus denselben in der vorigen Controverse angegebenen Gründen.

Huschke im Rhein. Museum Bd. 6. S. 341.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 291.

Andere sagen auch hier, daß der ganze und resp. der nach Abzug des Pflichttheils übrigbleibende Intestaterbtheil des von der Querel Ausgeschlossenen bei dem Testamentserben verbleibe, L. 8. §. 8. L. 16 pr. de quer. inoff. test. 5, 2.

v. Vangerow, Pand. §. 479.
Francke, Notherbenrecht S. 299 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 393 f.

XV.

Wird die Querel von Geschwistern angestellt, so streitet man, ob Vermächtnisse und Fideicommisse giltig bleiben.

Einige meinen, die Legate und Fideicommisse blieben giltig. Man beruft sich auf die Auth.: Ex causa Cod. de liberis praet. vel exhered., wo es ohne Unterschied heiße: Ex causa hereditatis vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; cetera namque firma permaneant:

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 19. c. 10. p. 1104.
Richter in expos. omn. Auth. p. 141.

oder man nimmt auch an, der Grund der Nov. 115 passe auch auf die Geschwister; denn eigentlich sei doch nur die Erbeinsetzung für pflichtwidrig zu halten, nicht aber die Vermächtnisse:

Perez in prael. ad C. de inoff. test. Nro. 21 et 22.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 10. th. 22.

oder man sagt, die Nov. 115 *müsse* auf die Geschwister ausgedehnt werden, wenn deren darin auch keine Erwähnung geschehen, weil es inconsequent sein würde, die Geschwister bei der Querel mehr zu begünstigen, als die Kinder und Eltern, da ihnen doch nur bedingungsweise die Querel zustehe, und dieselben auch sonst in Erbschaftssachen den letztern nachstehen müßten:

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 13.
Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 11.
Westphal, von Testam. §. 607 u. 1043.

oder man zweifelt überhaupt, ob nach dem älteren Rechte die Vermächtnisse ihre Giltigkeit verloren haben, wenn Geschwister mit der Querel das Testament angreifen. Denn alle Texte des ältern Rechts, L. 8. §. 16. L. 13. L. 28 D. L. 13 C. de inoff. test., redeten bloß von Testamenten der Eltern und Kinder, kein einziger von Geschwistern. Außerdem sei es der Rechtsanalogie gemäß, daß mit der Hauptsache das Accessorium alsdann, wenn solches für sich bestehen könne, nicht dahinfalle; dies sei nun aber der Fall bei Vermächtnissen, welche ja auch ab intestato giltig wären.

Bauer, diss. in eo, quod justum est circa formam hereditatis §. 20.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 17. not. 12.
Leyser, sp. 94. corr. 2.
Schmitt, Comment. über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen Bd. 3. S. 14.
Puchta, Lehrbuch §. 494.

Andere meinen, daß bei der Querel der Geschwister das ältere Recht gelte, und folglich die Ver-

mächtnisse mit der Erbeseinsetzung zu Grunde gingen. Denn die Nov. 115 rede ausdrücklich nur von Eltern und Kindern, nicht aber von Geschwistern, auf welche sie auch nicht ausgedehnt werden dürfe. Die Auth. cit. könne nichts beweisen, da solche auf gesetzliches Ansehen keinen Anspruch machen dürfe. Auch passe der Grund der Nov. 115 gar nicht auf Geschwister. Dagegen sei in L. 8. §. 16 und L. 13 de inoff. test. ausgesprochen, daß Vermächtnisse nicht giltig bleiben sollten, weil man den Erblasser als wahnsinnig ansah. Endlich könne die angebliche Gleichheit der Gründe für Kinder und Eltern nicht zum Vorwande dienen, um von klaren Gesetzesvorschriften abzuweichen:

> van de Poll, de exhered. et praeterit. c. 63. §. 14.
> Stryk, us. mod. 5. 2. §. 6.
> Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 31.
> Hofacker, princ. jur. civ. §. 1701.
> Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 2. Med. 80.
> Höpfner, Instit. §. 535. Not. 1.
> Weber zu Höpfner, §. 533. Not. 2.
> Book, Lehre von der Enterbung §. 16.
> Thibaut, System §. 936 u. 969.
> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 380.
> Glück, Pand. Bd. 7. S. 455 f.
> Holzschuher. Th. 2. Abth. 1. S. 704.

und nur dann blieben die Vermächtnisse bestehen, wenn der Testamentserbe als contumax verurtheilt woeden sei, L. 17. §. 1. L. 18 D. de inoff. test. 5, 2. L. 14. §. 1 D. 49, 1, und die Legatare nicht mittelst eigener Klage gegen den Intestaterben unterliegen sollten, endlich auch, wenn der Inofficiositätsstreit verglichen weede, L. 29. §. 2 D. de inoff. test. 5, 2. L. 3 pr. D. 2, 15.

> Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 705.
> Francke, Notherbenrecht S. 308.
> Bluntschli, Erbfolge gegen letzten Willen S. 253.
> Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 160.

XVI.

Streitig ist, ob die Vermächtnisse giltig bleiben, wenn durch einen Irrthum des Testirers über das Leben oder die Existenz des Notherben dessen Ausschließung veranlaßt und die Querel angestellt wurde.

Einige bejahen dies, und stellen die Regel auf: ausnahmsweise blieben die übrigen Dispositionen des Testators giltig, wenn der Kläger nur wegen Irrthums von dem Testirer ausgeschlossen worden sei. Man beruft sich auf L. 28 D. de querela inoff. test. 5, 2. Hier habe Hadrian einen Rechtsstreit über ein Testament, worin die Mutter, verleitet durch einen solchen Irrthum, ihren Sohn übergangen hatte, entschieden, die Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen sollten jedenfalls gewährt werden, mithin nur der todt geglaubte Notherbe an die Stelle des eingesetzten Erben teeten. Vgl. auch L. 27. §. 4 D. eod. L. 92 D. de hered. inst. 28, 5.

> Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 494. S. 299.

Andere meinen, aus einem richtigen Verständnisse der Gesetze L. 28 cit. und L. 3 C. de inoff. test. ergebe sich die Unrichtigkeit der von den Gegnern aufgestellten Behauptung. In dem Falle, wo die Legate giltig blieben, werde das Testament gar nicht durch die quer. inoff. test. rescindirt; in dem Falle aber, wo die Querel auch alsdann zugelassen werde, wenn Irrthum oder Unwissenheit des Testieers in Ansehung der Person des Notherben stattgefunden haben sollte, da fielen auch die Vermächtnisse allemal weg.

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 380 f.
> Francke, Notherbenrecht S. 309.

XVII.

Streitig ist, wer bei der querela inoff. test. den Beweis zu führen habe.

A. Wenn Geschwister klagen.

Einige meinen, die ausgeschlossenen Geschwister müßten jederzeit beweisen, daß dee eingesetzte Erbe eine infame oder verächtliche Person sei, sofern dies nicht schon an sich notorisch sei. Denn im Falle den Geschwistern eine persona turpis oorgezogen worden, könne ihre Ausschließung durch gar keine Ursache gerechtfertigt werden.

> Fuchs, diss. de impugnatione testamenti fraterni per querelam inoff.
> Madihn ad Menckenii doctr. de act. for. p. 371. not. 1188.
> Müller ad Leyser. T. I. obs. 231.
> Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2. qu. 10.
> Schneidt, diss. de querela inoff. int. par. et lib. §. 29. not. n.
> besonders Francke, Notherbenrecht S. 293 f. (wo auch die Gründe für diese Ansicht am vollständigsten vorgetragen sind. Die versuchte Widerlegung dieser Gründe siehe bei Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 291 f.)

Andere meinen, daß Geschwister allemal beweisen müssen, einmal, daß eine persona turpis eingesetzt sei, sodann daß sie durch ihr Betragen gegen den Testirer eine solche Lieblosigkeit nicht verdient hätten.

> Höpfner und Weber im Commentar der Instit. §. 477. Not. 4. §. 533. Not. 2.
> Mackeldey, Lehrbuch §. 663.
> Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 494.
> Walett, Notherbenrecht §. 62.
> Sintenis, Civilr. §. 199. Not. 26.
> Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 965.
> Hofacker, princ. jur. civ. §. 1694.
> Hartitzsch, Erbrecht §. 130.
> Glück, Pand. Bd. 7. S. 320 u. 400.

Andere meinen, gestützt auf L. 28 C. de inoff. test., daß der Querulant nur alsdann, wenn er ein Kind sei, seine bisherige gute Aufführung, sonst aber der Verklagte beweisen müsse, daß jener die Ausschließung verdient habe.

> Thibaut, System §. 969.
> Stein, von pflichtwidrigen Testamenten §. 34.

Andere meinen, wenn im Testamente ein Enterbungsgrund ausgedrückt sei, so habe der eingesetzte Erbe die Wahrheit desselben nicht zu beweisen nöthig, „sed parentis professio fidem adversus liberos faciebat," den Kindern sei aber der Beweis eines pflichtmäßigen Betragens nachzulassen.

> Donellus, Comm. jur. civ. lib. 6. §. 17.

Andere meinen, um mit der Querel zu siegen, müsse der Kläger die Voraussetzungen derselben darthun, und so denn auch, um das Testament als pflichtwidriges darzustellen, Beweise seines Wohlverhaltens beibringen, wogegen dann der Verklagte Beweise eines genügenden Enterbungsgrundes übernehmen könne.

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 123 f.
> Arndts im Rechtslexikon Bd. 8. S. 161.

Uebrigens dürfe man sich den Beweis der Verneinung,

daß man nämlich die Lieblosigkeit nicht verdient habe, nicht an das Unmögliche grenzend denken (wie z. B. Glück a. a. O. thut), nicht so, als sei zu beweisen, daß der Kläger sich niemals irgend einer Handlung gegen den Erblasser schuldig gemacht habe, welche diesen, sich zu der Ausschließung zu bestimmen, berechtigt hätte — sondern, sobald das Benehmen, warin jener zu diesem gestanden, was zu beweisen nicht schwer sein könne, nur im Allgemeinen äußerlich als ein solches dargethan worden, woraus sich die Ausschließung nicht erkläre, wobei dem richterlichen Ermessen in Beurtheilung der Umstände ein sehr freier Spielraum offen stehe, so bedürfe es nicht etwa des Beweises des Nichtvorhandenseins besonderer Rechtfertigungsgründe, sondern der Beweis des Vorhandenseins solcher falle auf den Beklagten und damit also auch die Hauptbeweislast.

Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 26.

Präjudiz 1.

Hierüber äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Frage, ob ein pflichttheilsberechtigter Bruder seine eigene Würdigkeit, mithin das Nichtvorhandensein einer ingratitudo behaupten und eventuell beweisen müsse, ist in dem vorliegenden Falle zu verneinen. Beklagte beruft sich zwar für die Bejahung der Frage auf

fr. 3. fr. 5. §. 1 de inoff. 5, 2: docere immerentem se et ideo indigne praeteritum.

Allein jedenfalls ist für die jetzt nur in Frage stehende Ergänzungsklage die C. 30 eod. 3, 28 entscheidend. Der Erblasser hat im Testamente seinem vollbürtigen Bruder, dem Kläger, in keiner Weise ingratitudo vorgeworfen, was nach dieser Gesetzesstelle nothwendige Voraussetzung für diesen Einwand ist. Eben deshalb kommen auch die Behauptungen der Beklagten, daß die Lebensweise des Klägers nicht besser sei als die ihrige, und daß er sich gegen den Testirer sehr schlecht benommen habe, nicht weiter in Betracht.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 21. Jan. 1854.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 341.

XVIII.

8. Wenn Ascendenten oder Descendenten klagen.

Einige meinen, nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 115. c. 3. §. 14 sei über die Enterbungsfälle zwischen Descendenten und Ascendenten kein Zweifel vorhanden, daß der Erbe die Wahrheit der angeführten Enterbungsursache beweisen müsse.

Francke, Notherbenrecht S. 293.
Höpfner, Instit. §. 477. Not. 2. §. 533.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 494.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 400.
Hunger, das röm. Erbrecht S. 223.

Andere meinen, man müsse auf ältere Gesetze zurückgehen. Das wahre Fundament der Klage sei die Lieblosigkeit des Testatars, und eine solche könne nur dann angenommen werden, wenn der Querulant nicht durch schlechtes Betragen gegen denselben seine Ausschließung selbst verschuldet habe. Es erscheine deshalb consequent, wenn es dem Kläger ablieg: docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum, L. 3. L. 5 D. de inoff. test. 5, 2, während freilich der Verklagte die von ihm behauptete Existenz einzelner Ausschließungsgründe darzuthun habe. Vgl. L. 22. L. 30 pr. C. eod. L. 10 C. de sec. nupt. 5, 9. Nov. 92. c. 1. §. 1.

v. Vangerow, Pand. §. 478.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 123 f.
Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 26.

Andere erinnern hiergegen, daß, nachdem die Nov. 115 das materielle Recht an feste bestimmte Normen gebunden habe, heutzutage nicht mehr, wie im älteren Rechte, von so schwankenden Sätzen und deren Beweise die Rede sein könne, wie z. B. obiger Satz, daß Kläger ein gutes Betragen gegen den Testator beobachtet habe. Die erste Ansicht (von Francke rc.) sei deshalb vorzuziehen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 701.

Vgl.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse Absch. 6. §. 26.

Hiergegen siehe

Sintenis, Civilrecht §. 199. Not. 26 a. E.

Präjudiz 1.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Wenn auch zufolge der Bestimmung der Nov. 115. c. 3. §. 14 dem eingesetzten Erben der Beweis der von dem Erblasser angeführten Ursache der Enterbung des Notherben obliegt, so kann doch hieraus nicht gefolgert werden, daß die Angabe der testirenden Mutter in ihrem errichteten Testamente über das Betragen des von ihr enterbten Kindes hinsichtlich der Beweisführung ganz unerheblich sei und keine Beachtung verdiene. Wenn insbesondere anderweitige Beweise vorhanden sind, und es sich nur um die größere oder geringere factische Vermuthung für die Wahrheit des zu Beweis gestellten Umstandes handelt, so erscheint die Angabe der Mutter über das Betragen ihres Kindes in einem so feierlichen Acte, besonders wenn, wie hier, kurz vor dem Tode testirt wird, wohl geeignet, die übrigen Beweise zu unterstützen, insofern nicht besondere, zur Entkräftung einer solchen Vermuthung dienende Gründe dargelegt werden.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 3. Juli 1844.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 70.

XIX.

Die querela inoff. test. geht auf die Erben des ursprünglich Berechtigten nicht über, es müßte denn derselbe schon eine bestimmte Erklärung, sie anstellen zu wollen, abgegeben haben, L. 6. §. 2. L. 7 D. de inoff. test. 5, 2.

Streitig ist, ob und inwieweit Justinian in L. 34 C. eod. eine Ausnahme dieser Regel für Descendenten eingeführt habe.

Die Meisten nehmen an, daß für Descendenten in der L. 34 cit. das Recht eingeführt sei, ihr Querelrecht ohne alle Vorbereitung auf ihre Descendenten zu transmittiren, daß dieses Recht aber nur dann stattfinde, wenn der Notherbe vor der Erklärung des Testamentserben gestorben sei.

Malblanc in princ. jur. Rom. §. 699. Nro. VII.
Westphal, von Testam. §. 1029.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1705.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 464.
Francke, Notherbenrecht S. 317 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 463. Bd. 43. S. 225.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 478. S. 274.

Andere meinen, diese Transmission finde immer statt, möge der ausgeschlossene Erbe vor oder nach der Erklärung des Testamentserben gestorben sein. Dies gehe aus den Endworten der L. 34 cit. „vel quinquennium tacuit" etc. hervor. Auch sei der Grund, weshalb die

Querel auch unvorbereitet auf die Descendenten des Ausgeschlossenen übergehen solle, offenbar der: daß jene, falls ihr Vater vor dem Testirer gestorben wäre, selber die Pflichttheilsberechtigten geworden wären, und also zur Anstellung der Querel befugt gewesen sein würden. Dieser Grund aber trete nicht nur in demselben Grade ein, wenn der Notherbe nach der Erbschaftsantretung des Testamentserben, als wenn er vorher versterbe; es komme im ersten Falle noch ein neuer Grund hinzu, da der Notherbe selber nicht einmal zur Anstellung der Querel befugt sei, und man ein bereits erworbenes Recht doch gewiß leichter auf seine Erben transferiren könne, als ein solches, dessen Erwerbe man erst entgegensehe.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 3. S. 343 f.

Siehe die Widerlegungen dieser Ansicht bei

v. Vangerow, Pand. §. 478.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 463 f.

Andere gestatten den Enkeln die Querel überhaupt alsdann, wenn ihr enterbter Vater sie nicht habe anstellen wollen oder können; man beruft sich auf L. 31 D. de inoff. test.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. c. 20.
Westenberg, de portione legitima diss. 2. cap. 2. §. 15.

Siehe hiergegen

Glück, Pand. Bd. 6. S. 368.

Präjudiz 1.

Die querela inoff. testam. und ebenso die querela inoff. donat. geht, wenn nicht vorbereitet, auf die Erben nicht über. Nach Marezoll's Meinung (Linde, Zeitschrift Bd. 3. S. 343 f.) soll zwar eine Ausnahme hiervon bei Descendenten des Pflichttheilsberechtigten unbedingt eintreten; es ist jedoch die bisher gemeine Meinung (Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 463. Francke, Notherbenrecht S. 317. Braun, Dictate zu §. 818. S. 753) vorzuziehen, nach welcher auch der Descendent statt seines verletzten Ascendenten die querela inoff. test. nur in dem Falle anstellen kann, wenn selbiger noch vor der Erklärung des Testamentserben, während dieser noch deliberirte, gestorben ist. Da ein solcher Ausnahmefall bei der querela inoff. donat. nicht wohl eintreten kann, so muß es rücksichtlich derselben bei der Regel bleiben, nach welcher der Uebergang dieser Klage auf den Erben nicht zugelassen ist.

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 13. Oct. 1848, in S. Götel w. Westphal.

XX.

Streitig ist, ob die Querel, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingesetzten Erben stirbt, auf die Erben des Sohnes übergehe.

Die Meisten meinen, in diesem Falle könnten die Kinder desselben die Querel als Erben anstellen, obgleich ihr Vater noch keine Vorbereitung zur Anstellung der Klage gemacht habe.

Westphal, von Testam. §. 1029.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1705.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 464.
Francke, Notherbenrecht S. 317 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 463.

Andere meinen, daß in diesem Falle die Querel auf alle Erben des enterbten Sohnes übergehe.

Hellfeld, jurispr. for. §. 559.

Andere meinen, daß nach neuestem römischen Rechte zur Transmission der Querel nicht einmal die Präparation mehr nöthig sei. Dies ergebe die ratio legis, und der Umstand, daß das alte Fundament, welches diese Klage gehässig machte, durch das neueste römische Recht aufgehoben sei.

Walch, diss. de transitu querelae inoff. test. ad hered. §. 8.
Breuning in quaest. jur. controv.: an superset causa odii querelae inoff. test. §. 3 et 8.

Siehe die Widerlegungen bei

Glück, Pand. Bd. 7. S. 465.

XXI.

Die querela inoff. test. verjährt in fünf Jahren.

Streitig ist aber, ob diese Verjährung auch eintrete, wenn sie als eine Einrede gegen die Klage des Testamentserben vorgebracht wird.

Einige meinen, auch in diesem Falle verjähre die Querel in fünf Jahren.

Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 11. §. 32.
Greve in exercit. ad Pand. loca difficiliora exerc. 7. §. 20.
Wernher, lectiss. Commeat. ad P. 5. 2. §. 13.

Andere meinen, daß die Regel, nach welcher die Einreden des Verklagten vor angestellter Klage durch keine Verjährung erlöschen, hier keine Ausnahme leide.

Weber, Beiträge zu gerichtl. Klagen und Einreden Stück 1. Nr. 1. S. 7.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 466.

Siehe auch Exceptionen Contr. 1 u. 2; desgl. Gewähr gegen Mängel Contr. 15. Abth. 1 dieses Werks.

XXII.

Hat der Kläger ohne Grund die Querel erhoben und er wird abgewiesen, so macht er sich zur Strafe auch der ihm etwa hinterlassenen Vermächtnisse verlustig, und der Fiscus ist befugt, solche in Anspruch zu nehmen, L. 8. §. 14 D. de inoff. test. 5, 2 in Verbindung mit L. 11. L. 22. L. 30. §. 1 eod. L. 5. §. 1 de his quae ut indign. 34, 9.

Streitig ist aber, ob diese Strafen noch heutzutage stattfinden.

Einige meinen, diese Strafen fielen heutzutage weg, weil einestheils durch die Querel nach der Nov. 115 die Vermächtnisse nicht mehr zu Grunde gingen, anderntheils aber auch die Anfechtung eines Testaments wegen Pflichtwidrigkeit keine so grobe Beleidigung mehr für den Testirer sei, als ehemals, wo der Kläger habe den colorem dementiae bei seiner Klage zu Hilfe nehmen müssen, welches ja heutzutage wegfalle.

Otto in Comm. ad Inst. de inoff. test. §. 5. p. 298.
Woltair, observ. jur. civ. fasc. 2. obs. 26.
Koch, specim. comp. Pand. acced. medit. ad Schaumburgi compend. Dig. med. 5.

Andere meinen, die Strafen seien noch heutzutage im Gebrauche. Denn die Nov. 115 rede nur von solchen Vermächtnissen, die anderen Personen, und nicht dem, welcher die Querel anstellt, hinterlassen seien, und welche dieser, wenn er den Proceß gewinnt, auszahlen müsse. Sie finde also auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung. Auch sei der color insaniae bei der Querel durchaus nicht aufgehoben, und wenn auch das Princip, worauf gewisse Regeln gegründet seien, jetzt nicht mehr anwendbar sei, so fielen deshalb doch die daraus folgenden Sätze nicht weg.

Westphal, von Testam. §. 1054.
Emminghaus ad Coccej. contr. 5. 2. qu. 3. not. x.
Höpfner, Instit. §. 535. Nr. 4.
Stryk, us. mod. 34. 9. §. 3.
Werober, observ. for. T. II. P. IX. obs. 161.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 470.

XXIII.

Streitig ist, ob der Berechtigte die querela inoff. test. durch Verzicht gegen den Erblasser verliere.

Einige meinen, die Vorschrift des römischen Rechts, L. 35. §. 1 C. de inoff. test., wonach der eingesetzte Erbe, auch wenn der Intestaterbe gegen eine vom Erblasser erhaltene Zuwendung versprochen habe, die Querel nicht erheben zu wollen, aus jenem Vertrage keine Einrede gegen die Querel hernehmen solle, sei heutzutage noch völlig anwendbar, weil dieses Aufgeben der Querel aus einem ganz anderen Grunde für nichtig erklärt sei, als Erbverzichte.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 477.
de Cramer, decis. Hasso-Casselso. T. I. dec. 151. Nro. 1—3 et Nro. 6.
Pütter, auserlef. Rechtsf. Bd. 1. Th. 3. resp. 93. Nr. 22 u. 23.
Böhmer, auserl. Rechtsf. Bd. 3. resp. 195. Nr. 23.
Klein, Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacult. Bd. 1. S. 247 f.
Stein, von pflichtwidrigen Testamenten S. 177.

Andere meinen, ein Verzicht finde zwar statt, er müsse aber eidlich bestärkt werden; denn dieses erfordere das canonische Recht, arg. cap. 2 de pactis in 6to.

Leyser, sp. 93. corr. 3.

Andere meinen, daß ein solcher Verzicht Giltigkeit habe; denn ein Recht, welches Verträge für giltig erkläre, durch welche der gesetzliche Erbe zum Voraus sein ganzes Vermögen aufgegeben habe, und sich durch Vertrag mit dem Erblasser selbst enterbe, müsse auch jenen Verzicht als giltig anerkennen. Denn wer durch Vertrag sein ganzes Erbrecht unbedingt und für jeden Fall aufgeben könne, der müsse auch bedingt und auf einen bestimmten Fall verzichten können. Und nichts anderes sei im Vorhergegangenen der Verzicht auf die Querel, als ein Verzicht auf die durch die Querel herbeizuführende Intestaterbfolge für den Fall, daß der im Testamente Eingesetzte sollte Erbe werden.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1703.
Schmidt, Comment. über seines Vaters Lehrbuch von Klagen Bd. 3. §. 548.
Thibaut, System §. 969.
Francke, Notherbenrecht S. 319.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 438.
v. Vangerow, Pand. §. 481.

XXIV.

Streitig ist, ob der im Pflichttheil Verletzte durch Annahme eines ihm im Testamente ausgesetzten Legats der Querel verlustig werde.

Einige meinen, daß nach der Nov. 115 die Annahme eines Vermächtnisses die querela inoff. test. niemals ausschließe, weil nach der Vorschrift dieses Gesetzes die Vermächtnisse ihre Giltigkeit behielten, obgleich das Testament als pflichtwidrig rescindirt würde.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 13.
Leyser, sp. 93. med. 7.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 264.
Koch, medit. ad Schaumborg. spec. 5.
Hofacker, princ. jor. civ. §. 1703.
Malblanc, Dig. T. III. §. 699.

Andere unterscheiden, ob die Querel von Geschwistern oder von Kindern, resp. von Eltern angestellt wird. Im ersten Falle bleibe es ganz bei dem ältern Rechte. Im zweiten Falle komme es darauf an, ob dem Erben selbst oder bloß einem Legatar die Auszahlung des Vermächtnisses an den Enterbten anbefohlen sei. Wenn letzteres geschehen, so hindere nach Nov. 115 die Annahme des Legats an der Anstellung der Querel nicht; denn der Kläger könne den Legatar als solchen anerkennen, ohne dadurch den Erben selbst als solchen anzuerkennen. Wenn aber die Annahme des Legats unmittelbar von dem Erben geschehen, so stehe solche Annahme mit Anstellung der Querel in geradem Widerspruche, welcher auch durch Nov. 115 nicht gehoben werde. Denn Justinian rede daselbst nur von solchen Vermächtnissen, welche an Dritte, nicht aber von solchen, welche dem Enterbten entrichtet werden sollten. Es sei dabei von Wichtigkeit, daß diejenigen Vermächtnisse, von denen in Nov. 115. c. 3 u. 4 die Rede ist, nicht von dem im Testamente eingesetzten Erben, sondern von dem Enterbten auszuzahlen seien, welcher den Proceß gewonnen habe. Da nun, wenn das Testament als pflichtwidrig rescindirt werde, der Erbe die Vermächtnisse nicht mehr auszahlen könne, so folge von selbst, daß der Enterbte durch Annahme eines Legats aus den Händen des eingesetzten Erben, auch noch Nov. 115 denselben als wahren Erben anerkenne.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 5. 2. §. 32.
Westphal, von Testam. §. 1187.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 480.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 705.
Thibaut, System §. 970.

Andere meinen, der Notherbe könne die ihm ausgesetzten Vermächtnisse stets als Prälegate fordern, und wenn man dieser Ansicht folge, so liege in der bloßen Annahme des Objects derselben noch kein Verzicht auf das Hauptrecht, sondern es müsse aus den Umständen erhellen, ob der Notherbe dadurch das Testament anerkannt habe, welches z. B. bei Einlegung einer Protestation nicht der Fall sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 37. S. 284 u. 366.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 178. Not. 1. S. 642.

Hiergegen siehe

Bluntschli, Erbrecht gegen letzten Willen S. 263.

Andere meinen, die Querel falle weg, wenn der Notherbe auf dieselbe verzichtet habe. Dieser Verzicht könne auch stillschweigend durch Handlungen geschehen, wodurch man das Testament als giltig anerkenne, und zwar gehöre dahin nicht bloß die freiwillige Annahme von Vermächtnissen, L. 5 pr. de his quae ut indign. 34, 9. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1 de inoff. test. 5, 2, sondern auch noch anderweite concludente Facta, L. 23. §. 1 eod.

v. Vangerow, Pand. §. 481.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 967. S 468. Not. 2.
Francke, Notherbenrecht S. 320 f.

Querela inofficiosi testamenti partiaria, s. querela inoff. testam. c. 5.

R

Rechnungsablage der Testamentsvollstrecker, s. Testamentsexecutor c. 12.

Regredienterbin, s. Erbverzicht c. 3.

Regula Catoniana, s. Erbeseinsetzung c. 1.

— — bei Vermächtnissen, s. Vermächtnisse A. c. 3.

Reisende, deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 10.

Relation des Eides bei dem legatum heredi praesenti injunctum, s. Oralfideicommiß c. 4.

Remedium ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo.

Löhr in Gießer Zeitschrift Bd. 6. Nr. 9.
Sintenis, capita selecta ex jure civili c. 1.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. §. 134.
v. Vangerow, Pand. §. 510.
Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 2.
Leist, bon. poss. Bd. 2 b. S. 143 f. S. 480 f.
Savigny in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 5. S. 1. Bd. 6. S. 3.

I.

Streitig ist, ob die Klage aus dem interdictum Hadrianum einen bestimmten Gegner als Verklagten voraussetze.

Einige meinen, diese missio Hadriani habe, auch ohne daß ein Gegner vorhanden war, erbeten und ertheilt werden können, und namentlich darin sich von dem interd. quorum bonorum unterschieden.

Leist, bon. poss. Bd. 2 b. S. 340 u. S. 194 b.

Andere meinen, ein Rechtsmittel ohne Gegner sei doch ein Unding, vielmehr müsse man denselben Erfolg, welchen das interd. quor. bon. für den Intestaterben erziele, dem remed. ex leg. ult. C. de edicto D. Hadriani toll. bei einer äußerlich fehlerfreien Urkunde zuschreiben.

Schmidt, Klagen und Einreden §. 597.
Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 2.

Präjudiz 1.

Prüft man die rechtliche Natur des Rechtsmittels aus der L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll., so ist zwar nach den Worten des Gesetzes von einer Klage nicht die Rede, sondern nur von einer einseitigen Imploration des Richters um Ermächtigung, der Erbschaft sich annehmen zu dürfen, und davon handelt es sich allerdings nur in dem Falle, wenn kein Gegner vorhanden ist. Schon seit der Zeit der Glossatoren ist aber im gegentheiligen Falle aus der vorstehenden gesetzlichen Bestimmung ein wirkliches Klagerecht abgeleitet worden.

J. H. Böhmer, doctr. de act. sect. 2. cap. 3. §. 5.
Schmidt, Lehrb. von gerichtl. Klagen §. 597.

Zeugnisse für diese Auffassung in der Praxis enthalten die Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. Juli 1843, in S. Haßloch w. v. Carlshausen und Jalüjot w. v. Cartshausen, worin man ausdrücklich das Rechtsmittel als Klage bezeichnet hat.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 281.

Vgl. das Präj. 2 bei dem interdictum quorum bonorum c. 2.

II.

Streitig ist, ob das Remedium nur dem im Testamente eingesetzten Erben oder auch anderen Personen zustehe.

Einige meinen, nur dem im Testamente eingesetzten directen Erben, oder Substituten, sowie dem bedingt eingesetzten Erben stehe das remedium zu. Der Fideicommissar und Legatar habe das Rechtsmittel nicht, weil es Justinian nur dem instituirten Erben gestatte; und der Fideicommissar würde, was doch dem remedio widerspreche, außer der Vorlegung des Testaments, auch noch nachweisen müssen, daß ihm vom rechten Erben die Erbschaft schon überwiesen sei.

Schweppe, röm. P.-R. §. 858.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 518.
v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Nr. 17.

Andere gestatten es auch dem Universalfideicommissar,

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 755 f.
(siehe hiergegen v. Bülow, Abh. Th. 2. S. 149.)

und dem Testamentsexecutor, weil er vice et loco heredis betrachtet werde.

Holzschuher, S. 756.
Lauterbach, diss. de execut. ultim. voluntat. cap. 9. Nro. 25.

Andere gestatten es auch dem heres ex re certa, sowie den Legataren, unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Praxis.

Leyser, sp. 381 med. 5.
Mynsinger, cent. 5. obs. 61.

Siehe hiergegen

Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 325.

Präjudiz 1.

Es fragt sich: ob auch der in re certa eingesetzte Erbe zur Benutzung dieses Rechtsmittels befugt sei? — Perez (praelect. in Cod. lib. 6. tit. 33. Nro. 1—2) äußert hierüber: „... instituto in re certa, quatenus loco legatarii est, hoc beneficium non datur, cum non teneatur creditoribus, nec vicem sustineat defuncti uti heres, ut illi non sit ratio festinandi ad possessionem, quemadmodum heredi, cui incumbit onus exequendi, quae testator injunxerit, actionesque excipiendi exercendique." — In Gemäßheit dieser Ansicht wurde obige Frage verneint, in einem

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. Juli 1843, in S. Haßloch w. v. Carlshausen.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 286.

Präjudiz 2.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung findet sich hierüber Folgendes ausgeführt:

Das ursprünglich fiscalischer Zwecke wegen eingeführte Rechtsmittel (das remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo), welches nach einem Edicte des Kaisers Hadrian benannt ward, bezielt in Folge der von Justinian vorgenommenen Aenderung nur noch das privatrechtliche Interesse des Erben, welchem, damit er nicht durch weitaussehenden Streit an dem Genusse der Erbschaft gehindert werde, für den Fall, daß er ein äußerlich fehlerfreies Testament beizubringen vermag, die vorläufige Einweisung in den Erbschaftsbesitz unter einstweiliger Aussetzung der das Recht betreffenden Fragen verheißen wird. Das Wesen dieses Rechtsmittels beruht daher in der scharfen Sonderung des Possessoriums von dem ihm nachfolgenden Petitorium — wie das durch die Gesetzesworte: „tunc causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur," deutlich ausgedrückt ist.

Es ist besonders unter älteren Rechtslehrern darüber gestritten: ob dieses Rechtsmittel auch dem Legatar, dem es die reichsgerichtliche Praxis beilegte, gesetzlich gestattet sei? Un-

zweifelhaft dagegen ist nach den Gesetzesworten selbst (ex asse vel ex parte), daß es nicht bloß dem auf das Ganze, sondern auch dem nur auf einen Theil eingesetzten Erben zukomme. Dabei kann es an sich keinen Unterschied machen, ob dieser Theil eine pars quota oder quanta sei; denn, daß dem, welchem auch nur ein bestimmter Gegenstand zum Erbtheile angewiesen worden, die vorläufige Besitzeinräumung ebenfalls besonders nützlich sei, und daß sie bei ihm noch leichter als bei dem Erben einer pars quota realisirt werden könne, leuchtet von selbst ein. Gleichwohl fragt sich, ob nicht — die Ausschließung des Legatars von dem Gebrauche des remedii ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo vorausgesetzt — dasselbe dem auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben nach der positiven Rechtsbestimmung in C. 13 de hered. instit. 6, 24, welche diesen dem Legatar gleichstellt, zu versagen sei? Die Frage ist zu verneinen. Denn durch jene Bestimmung hat — wie das auch in der neuesten Zeit die Rechtslehrer anerkennen — keineswegs gesagt werden sollen, daß der in re certa eingesetzte Erbe in jeder Beziehung als Legatar anzusehen, die Erbeigenschaft aber gar nicht in Betracht zu ziehen sei. Derselbe ist vielmehr wahrer Erbe und jedenfalls nur dem Prälegatar gleich zu behandeln, dann aber auch ebenso wie dieser für befugt zu achten, sein Recht auf die ihm zugewiesene Sache durch die actio fam. ercisc. geltend zu machen.

fr. 17. §. 2 de legat. I.

Steht ihm aber dieses gerade durch die Erbenqualität bedingte petitorische Rechtsmittel zu, so ist ihm noch weniger jenes nur possessorische Remedium abzusprechen. Im gegenwärtigen Falle ist nun die Klägerin in dem äußerlich völlig fehlerfreien Testamente ihres Großvaters unter universellem Titel zur Erbin förmlich eingesetzt; ja sie ist, weil ihr die wichtigsten Bestandtheile des Nachlasses, der Hof, die Inventarien und die Mobilien zugetheilt und die Legatarien auf sie angewiesen worden, ihren Miterben als Haupterbin gegenübergestellt. Bei ihr treffen mithin die Voraussetzungen des Rechtsmittels zu. Findet aber demgemäß ihr Antrag auf **Besitzeinräumung** in dem untadelhaften Testamente seine gesetzliche und genügende Begründung, so können demselben **petitorische Einreden**, wie sie aus dem die Berechtigung der Klägerin an Bedingungen knüpfenden Codicille haben entlehnt werden sollen, wenigstens im jetzigen Rechtsstreite nicht im Wege sein. Denn da Justinian, der Umgestaltung des Hadrianischen Edicts ungeachtet, die Bestimmung, nach welcher gegen den possessorischen Antrag nicht einmal die Einrede, daß das äußerlich fehlerfreie Testament ruptum, irritum, falsum, inofficiosum sei, gehört (Pauli rec. sentent. lib. 3. tit. 5. §. 14), sondern zur besondern disceptatio verwiesen werden soll — in sein Gesetzbuch aufgenommen hat (Const. 2 de edicto D. Hadriani toll.), so folgt von selbst, daß die gedachten Einreden, welche im günstigsten Falle nur darauf abzwecken könnten, die im Testamente zu Gunsten der Klägerin getroffene Verfügung als durch den Codicill indirect aufgehoben darzustellen, keinesfalls Gegenstand des jetzigen Verfahrens sein dürften.

Erk. des vorm. OAG. zu **Wolfenbüttel** v. 20. Febr. 1844, in S. Kükelhahn w. Kükelhahn, wegen Erbschaftsbesitzes.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 317.

Präjudiz 3.

Nach der Tendenz und nach dem Wortlaute der L. 3 C. de edicto D. Hadriani tollendo 6, 33 kann die Klage aus diesem Gesetze nur dem Erben und dem Vulgarsubstituten, nicht aber dem Fideicommissar zugestanden werden.

Erk. des OAG. zu **Celle** v. 2. December 1856, in S. Sievers w. die Striehl'sche Waisenstiftung.

Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 50.

III.

Streitig ist, ob das Interdict auch den Intestaterben zu gestatten sei.

Einige bejahen dies, wenn der Intestaterbe durch glaubwürdige Zeugen in continenti darthun könnte, daß er der nächste gesetzliche Erbe sei.

Tiraquellus, de retractu gentilitio P. 2. gl. 1. Nro. 14.

Mevius, dec. P. 2. dec. 281. Nro. 8.

Andere verneinen die Frage, weil das Gesetz die Vorlegung eines fehlerfreien Testaments als Erforderniß für die missio Hadriani vorschreibe, für die Intestaterben aber das interdictum quorum bonorum bestimmt sei.

Vinnius, Comm. ad §. 3 Inst. de intestd. Nro. 4.
Glück in Geiger und Glück's Rechtsf. Bd. 1. S. 101.
Höpfner, Instit. §. 1210.
Thibaut, System §. 895.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 710.

Vgl.

Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 2.

IV.

Streitig ist, ob das remedium schlechterdings ein schriftliches Testament erfordere, oder ob solches nicht auch bei einem mündlichen Testamente stattfinde, wenn das Dasein und die Giltigkeit desselben aus einer glaubwürdigen Urkunde sofort erwiesen werden könne.

Die Meisten erfordern ein schriftlich errichtetes Testament, während bei einem mündlichen Testamente das remedium nicht ertheilt werde, L. 3 C. 8, 2, cf. auch den Titel D. 8, 2.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 518.
Lähr in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 325.
Haizschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 755.
Madihn, princ. jur. Rom. de succession. cap. 2. membr. 3. §. 259.

Andere gestatten das remedium auch bei mündlichen Testamenten, vorausgesetzt, daß das Testament von einem Notar, der bei der Errichtung desselben zugegen gewesen, in einen förmlichen schriftlichen Aufsatz gebracht sei. Denn dieses Instrument habe als öffentliche Urkunde völlige Beweiskraft, und sei überhaupt einem schriftlichen Testamente gleichzuachten. Außerdem entstehe daraus für den Erben eine gleiche Vermuthung wie aus einem schriftlichen Testamente.

Bachov ad Treutler. Vol. II. disp. 25. th. 1. lit. L.
Struv, syntagm. jur. civ. exerc. 45. th. 20.
Faber in Cod. lib. 6. tit. 33. def. 4. Nro. 14.
Stryk, us. mod. 43. 2. §. 2.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 43. 2. §. 17.
Schweppe, röm. P.-R. §. 858.
Glück in Geiger und Glück's Rechtsf. Bd. 1. Nr. 7.

Andere gestatten das remedium aus mündlichen Testamenten, wenn die Zeugen den Inhalt desselben, um ihn nicht zu vergessen, zu Papier gebracht haben.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1418.

Präjudiz 1.

Das Rechtsmittel aus L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll. findet

1) auch im Falle eines äußerlich fehlerfreien testamentum nuncupativum in scripturam redactum statt. „Daß der Erbe, welcher sich des im allegirten Gesetze erwähnten Rechtsmittels bedienen will, in einem vom Testator selbst geschriebenen oder unterschriebenen Testamente instituirt sein müsse, enthält der Text des Gesetzes nicht. Dieser erfordert lediglich ein von sichtbaren Fehlern freies, den letzten Willen zu entnehmen gebendes Instrument, aufgenommen in der gesetzlichen Form; es ist hierbei gleichgiltig, ob der letzte Wille schriftlich oder mündlich erklärt, jedoch nachher in scripturam redigirt wurde.

Heres scriptus, von dem der Titel des Gesetzes redet, ist somit derjenige, den die in gesetzlicher Art entstandene, den letzten Willen bekundende Scriptur enthält. Ohne Bedenken kann nach gemeinem Rechte ein über einen mündlich erklärten Willen aufgenommenes Notariats-Instrument für das gedachte Remedium gebraucht werden. Was von solchen Instrumenten gilt, muß in gleicher Weise von Testamenten gelten, welche statt eines Notars in Folge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung der Pfarrer zu Papier bringt, und mit den in vorschriftmäßiger Zahl und Weise bei der Erklärung des letzten Willens zugegen gewesenen Zeugen unterschreibt und besiegelt*)."

2) Das Rechtsmittel aus der L. ult. hat nicht nur gegen den wirklichen Besitzer, sondern auch gegen denjenigen statt, der die Erlangung des Besitzes zu verhindern strebt.

3) Daß die vorliegende letztwillige Anordnung in petitorio bereits als nichtig angefochten, und die Zulassung der Intestaterbfolge begehrt ist, steht dem Gebrauche des possessorischen Rechtsmittels von Seiten des Testamentserben ebensowenig entgegen, als der Umstand, daß die Anfechter des Testaments sich nicht im Besitze des Nachlasses befinden. — Von einer präjudiciellen Eigenschaft des Petitoriums in Bezug auf das Possessorium läßt sich nicht entfernt reden, da mit der Erledigung des ersteren der Streit über letzteres wegfällt.

4) Das dem eingesetzten Erben zukommende Recht auf den Besitz wird lediglich durch die Existenz des von sichtbaren Mängeln freien Testaments bedingt. Ob dieses Testament an andern, seinen Rechtsbestand etwa vernichtenden, Gebrechen leide, ist als Object des petitorischen Streites altioris indaginis, und kann in possessorio keine Beachtung finden. — Was in der mehrallegirten L. ult. von Würdigung und Entscheidung in Betreff der Einwendungen eines Contradictors vorkommt, setzt einen Conflict gleichzeitiger Besitzprätendenten voraus.

5) Die Unvermögenheit des eingesetzten Erben ist kein Grund, demselben die Einsetzung in den Besitz des Nachlasses zu verweigern, und dem Antrage auf Sequestration stattzugeben.

Wir entnehmen diese Sätze aus einem

Erk. des OAG. zu München vom 5. Juli 1847, Nr. 388. 45/46.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 75.

*) Im gegebenen Falle handelte es sich von einem nach den Vorschriften des Bamberger Rechts (vgl. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 12 Ergänzungsblätter S. 71 f.) errichteten letzten Willen.

V.

Streitig ist, inwiefern bei diesem Rechtsmittel der titulus singularis des Verklagten als Einrede in Betracht komme*). L. ult. C. de edicto D. Hadrian. toll.

Einige meinen, das Gesetz sei so zu verstehen: die missio soll ertheilt werden wegen der Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes im Inbegriffe seines Vermögens besessen hat, ausgenommen, soweit sie (möglicher Weise schon seit vorher) von einem Andern legit. modo detinirt werden. Der Verklagte könne also einwenden, daß er die von dem Testamentserben in Anspruch genommene Sache titulo singulari inne habe, daß er sie also z. B. von einem Dritten gekauft, geschenkt erhalten habe, u. dergl.

v. Vangerow, Pand. §. 510. Not. 1.
Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 333.

Andere legen auf das „detinentur" mehr Gewicht, und verstehen jene Worte mehr von dem Falle, wenn Jemand vermöge eines mit dem Testator abgeschlossenen, und also von dem Erben anzuerkennenden Obligationsverhältnisses, z. B. Miethe, Commodat u. dergl., die Detention von Erbschaftssachen habe.

Sintenis, capita sel. ex jure civ. c. 1. p. 18.

Andere meinen, die Deutung des Gesetzes auf diejenigen Sachen, soweit sie möglicher Weise schon seit vorher von einem Andern legit. modo detinirt seien, sei nicht statthaft, vielmehr umfasse das Gesetz nur die Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes im Inbegriffe seines Vermögens besessen habe, soweit diese nicht seitdem von einem Andern legitimo modo in Besitz genommen sein sollten. Diese Annahme sei deshalb nothwendig, weil überhaupt nur von solchen Sachen die Rede sei, welche der Erblasser mortis tempore noch besitze.

Leist, bon. poss. Bd. 2 b. S. 297.

Hiergegen vgl.

Sintenis, Civilrecht §. 193. Not. 2.

*) L. cit. verb.: mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur.

Präjudiz 1.

Justinian bestimmt in der bezeichneten Constitution die als Gegenstand der Immission des Erben bezeichneten res quae testatoris mortis tempore fuerunt näher durch den Zusatz: non autem legitimo modo ab alio detinentur. Das bezieht sich nach dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes offenbar nur auf die erste Ertheilung des Immissionsdecrets, über dessen Rechtmäßigkeit dann auf erhobenen Widerspruch noch verhandelt und entschieden wird. Hiernächst fährt Justinian fort:

> Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in judicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit.

Für den heutigen Proceß folgt daraus, daß, wenn der Erbe in den Besitz solcher beim Tode des Erblassers in dessen Händen befindlich gewesener Sachen gesetzt zu werden verlangt, die bereits ein Anderer an sich genommen hat und detinirt, der Richter diesem nicht sofort einen unbedingten Befehl zur Herausgabe derselben ertheilen darf, wenn nicht von vorneherein erhellt, daß dieser Andere die Sachen nicht legitimo modo detinirt. Vielmehr muß der Richter, wenn das nicht von vorneherein gewiß ist, dem Detentor erst Gelegenheit zum Widerspruche geben, ihn erst hören; dann aber, wenn es nun zu solchem Widerspruche kommt, die beiden gegeneinander verhandeln lassen, und darauf hin über die Rechtmäßigkeit der Detention des Contradictors entscheiden, über die gegen diesen gesuchte Besitzeinweisung förmlich erkennen ....

Erk. des OAG. zu Oldenburg v. 14. Sept. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 76.

Präjudiz 2.

Wenn es in der C. ult. cit. heißt:

> „mittatur — in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur,"

so lassen sich diese Worte nicht in dem Sinne nehmen, daß die missio in das nachgelassene Vermögen stattfinden soll, indem unter dieser Voraussetzung unter den res auch unkörperliche Gegenstände und insonderheit Forderungen begriffen werden könnten, was ...... um deswillen sich nicht annehmen läßt, weil bei Forderungen von einem detinere, mithin auch von einer Besitzeinweisung, ihrer Natur nach, nicht die Rede sein kann. .... Hierfür spricht dann auch die angezogene Gesetzstelle, insoweit sie über die Zeit, wie lange von der Immission mit Erfolg Gebrauch gemacht werden könne, dahin Bestimmung trifft:

> „Sive — post annale tempus sive post majora aevi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum objiciatur, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori — securitatem super dominio praestare. ...."

Jo der Thal läßt sich nicht wahl annehmen, daß Justinian, indem er in diesem Gesetze eine possessorische Klage einführte, die Absicht gehabt habe, ihr einen weiteren Umfang zu geben, als das äholiche, dem Wesen dee possessio entsprechende interdictum qoorum bonorum . . .

Diesen Erwägungen folgend, hat das OAG. zu Cassel in einem Erkenntnisse vom 8. Juli 1843, in S. Haßloch w. v. Carlsbausen, ausgesprochen: daß, da an Forderungen ein Besitz rechtlich nicht möglich sei, das fragliche Rechtsmittel in dem Falle, wo es sich eben um eine solche, z. B. um eine Leibrente, resp. ein statt derselben zu zahlendes Kapital handle, unstatthaft erscheine.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 284.

Präjudiz 3.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor: „Die Klage muß auch darum als unbegründet angesehen werden, weil mit dem in Frage stehenden Rechtsmittel keinesfalls diejenigen auf Besitzeinräumung belangt werden können, welche, wie hier der Klagebehauptung nach die Appellaten, den Nachlaß vermöge verschiedener Obligationsverhältnisse zu dem Erblasser, als Administratoren, resp. Vormünder detiniren."

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. Juli 1843, in S. Haßloch w. v. Caelshausen.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 285.

Präjudiz 4.

1) Die C. ult. cit. gestattet die Immission in die Erbschaft sowohl rücksichtlich der körperlichen als der unkörperlicheo Sachen.

2) Es genügt, wenn das Testament überhaupt keine äußerlich sichtbareo Mängel hat, uod ist weder ein Beweis der Unterschrift des Testators noch der gehörigen Qualification der Zeugen erforderlich, indem dergleichen Anstände in das Petitorium gehören.

3) Hat der Testamentserbe den Besitz auf ein bereits publicirtes Testament hin oachgesucht, und findet sich nun noch ein zweites Testament von gleichem Datum vor, so ist darum das Immissionsgesuch nicht abzuweisen, sondern Impiorant zu beweisen gehalten, daß das von ihm vorgelegte Testament das jüngste sei.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 7. Januar 1842, in S. Joh. Meißel's Erben.

4) Die Immission auf Grund eines seiner äußern Form nach untadelhaften Testaments kann durch den Umstand gehindert werden, daß ein älteres widersprechendes correspectives Testament vorliegt, indem hieraus der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß dem Testator die Befugniß oicht zustand, nach jenem correspectiven Testamente ein anderes, ganz verschiedenes, einseitig zu errichten.

Erk. desselben Gerichtshofs vom 7. Februar 1843, in S. Dresset w. Künzel.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 229.

VI.

Streitig ist, ob der Verklagte befugt sei, die Einrede der erwerbenden Verjährung vorzuschützen.

Einige meinen, Justinian habe in der L. ult. C. de ed. D. Hadrian. toll. verfügt, daß von dem Verklagten sowohl die Acquisitivverjährung des Eigenthums, als auch eine solche Extinctivverjährung, wodurch die hereditatis petitio des Testamentserben ausgeschlossen sein würde, vorgeschützt werden könne. Die Schlußworte des Gesetzes: si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere, temporalis prolixitas occurrit, besagten solches, indem die Worte: ex uoa parte auf die Extinctivverjährung, die Worte: ex utroque latere aber auf die Usucapion hinwiesen (indem da Rechtserwerb auf der einen, und Rechtsverlust auf der anderen Seite zusammenträfen).

v. Vangerow, Pand. §. 510 (unter Berufung auf die Glosse).

Schweppe, röm. P.-R. §. 858.

Andere meinen, die Interpretation des Gesetzes beweise, daß von einer Usucapion keine Rede sein könne. Erwäge man die Redeweise von der erwerbenden Verjährung in den Worten: tantum temporis, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi, qui missus est, omnem intentiooem excludere, im Vergleich mit anderen ähnlichen, z. B. in L. 4 C. de praescr. trig. annor. und L. 14 C. de fundis patrim.; erwäge man ferner die Verbindung der Wirkung des offenbar gleich lang gedachten Zeitablaufs nach beiden Richtungen hin, so sei kein Zweifel, daß nur von der Wirksamkeit der außerordentlichen Verjährung gesprochen werde. Auch auf diese aber könne, soweit sie über die Klagverjährung hinausliegende Erfordernisse umfasse, nichts ankommen, da die letztere immer schon allein genüge, und so werde denn der ersteren nur Erwähnung geschehen sein, da Justinian einmal in Redefluß gerathen sein werde. — An eine bei Lebzeiten des Erblassers begonnene erwerbende Verjährung sei übrigens auch deshalb nicht zu denken, weil dann letzterer nicht mortis tempore besessen haben könnte, der Kläger also schon deshalb abgewiesen werden müßte, und die Frage von der Verjährung dann gar nicht relevant werden könnte; auch sei ihr Lauf als mit der Verjährung des remedii gleichzeitig gedacht.

Sintenis, Civilr. §. 193. Not. 2. S. 598.

VII.

Streitig ist, ob Einreden, welche sich auf ein vitiom visibile des produeirten Testaments gründen, gegen das Remedium statthaft seien.

Einige meinen, das Testament müsse nur der äußern Form nach keinen Mangel haben; innere Mängel kämen nicht in Betracht, L. 2 C. 6, 33. Pauli sent. recept. III. 5. §. 14.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 518.
Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 33.
v. Vangeeow, Pand. §. 510.

Andere wollen alle in einem summarischen Processe zulässigen Einreden gestatten, L. 3 C. eod.

Schweppe, röm. P.-R. §. 858.

Andere führen eine bestimmte Zahl Fälle an, wo sog. vitia visibilia zulässig sein sollen.

Leyser, sp. 500. med. 14—19.

Vgl.

Holzschuber, Th. 2. Abth. 1. S. 756.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 420.
Voet, Comm. ad P. 43. 2. §. 4.

Präjudiz 1.

Nach Anleitung der in C. 3 de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 gegebenen Beispiele sichtbarer Testamentsfehler ist dabin namentlich zu rechnen, wenn die zur Hinterlegung eines Testaments ausgestellte Vollmacht als mangelhaft sich herausstellt.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 3. März 1821, in S. Simon w. Schneider.

Aehnlich ist der Fall, wo beim gerichtskundigen Vorhandensein eines neueo, einen offenbaren Fehler nicht an sich tragenden Testaments gleichwohl aus einer früheren letztwilligen Anordnung desselben Erblassers Ansprüche hergeleitet werden, indem in der Regel die Existenz eines neuen Testaments das ältere unwirksam macht und dies letztere so lange als nicht vorhanden angeseheo werden muß, bis das neue als ungiltig

erkannt ist. „Die materielle Giltigkeit des neuen Testaments aber, also auch die Frage, ob der Erblasser durch die ältere Disposition die Befugniß weiter zu testiren verloren habe*), ist in diesem possessorischen Verfahren nicht zu erörtern."

Erk. des OAG. zu Cassel vom 2. März 1825, in S. Kolb w. Neureuter.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 282.

*) In dem gegebenen Falle war das ältere Testament ein mit der Ehefrau gemeinschaftlich errichtetes.

Präjudiz 2.

Inwiefern finden bei diesem Rechtsmittel auch innere Mängel des Testaments Berücksichtigung? Man hat die Statthaftigkeit der in dieser Hinsicht geltend gemachten Einreden bestritten, und so namentlich den aus dem Mangel der activen testamenti factio, aus Verfälschung oder Inofficiosität des Testaments u. dergl. entlehnten Einwand für verwerflich erklärt. Für diese Ansicht streitet allerdings der Umstand, daß die Vorschrift wegen Nichtberücksichtigung eines auf solche Testamentsmängel gestützten Einwandes in den Codex Justinian's aufgenommen worden ist.

C. 2 de edicto D. Hadrian. toll. 6, 33.

Dagegen aber läßt sich anführen, daß nach dem in Folge der Einwendung des fraglichen Rechtsmittels statfindenden Verfahren beim Auftreten eines Contradictors, „qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit" — dieser als Sieger anerkannt werden soll. Wenn solche Einwendungen darin vorgebracht werden, welche alsbald bewiesen werden können, so sollen diese zugelassen werden.

J. H. Böhmer, de act. sect. 2. cap. 3. §. 7: exceptiones contra hoc remedium (ex leg. ult. Cod. cit.) sunt .... vitiorum visibilium vel in continenti probandorum; quae enim exceptio in continenti probari potest, non est altioris indaginis ....

Hierauf gestützt ist in der vorliegenden Beziehung vom OAG. zu Cassel der Grundsatz: „vitium visibile est, quod in continenti probari potest" aufgestellt, und solcher namentlich auf den Mangel der activen testamenti factio erstreckt worden, in Beurtheilung der Rechtssache Kolb w. Neureuter (2. März 1825).

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 283.

Remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo, darf der Testamentsvollstrecker solches anstellen, s. Testamentsexecutor c. 6.

Repräsentationsrecht.

Gmelin, diss. exhibens historiam repraesentationis ex jure civ. Rom. 1787.
H. R. Brinkmann, Erbfolge nach dem Code Napol. §. 123.
J. N. F. Brauer, Erläuterungen über den Code Napol. Bd. 2. S. 83.
Hugo, civil. Magazin Bd. 5 Heft 2. S. 152.
Glück, Intestaterbfolge §. 23 f.
Normann, de jure repraesentationis §. 2 et 16.
Büchel, Streitfragen S. 217 f.
Francke, Beiträge Bd. 2. S. 175 f.

I.

Ueber die wahre Beschaffenheit des Repräsentationsrechtes herrscht Streit.

Einige meinen, wenn auch der Ausdruck jus repraesentationis in den Quellen nicht vorkomme*), so sei die Sache selbst doch in den Gesetzen begründet. Das Repräsentationsrecht der entfernteren Descendenten beruhe auf dem jus naturale, das der Geschwister-Kinder ersten Grades auf dem jus civile. Rotgersius, de succ. legit. cap. 7. §. 83. Nur müsse man zwei Rücksichten unterscheiden. Man könne nämlich bei der Intestaterbfolge in die Stelle eines Ascendenten eintreten

A. zum Behufe des Rechts der Erbfolge. In dieser Rücksicht könne von einem Repräsentationsrechte nur dann die Rede sein, wenn ein dem Grade nach entfernterer Verwandter mit einem näheren erben wolle. Das Repräsentationsrecht in dieser Beziehung bestehe also in dem Rechte, die Stelle eines verstorbenen Ascendenten bei der Erbfolge einzunehmen, um mit einem näheren Verwandten des Erblassers zugleich erben zu können, durch den man sonst ausgeschlossen sein würde. Dies sei das eigentliche Repräsentationsrecht, welches Justinian zu Gunsten der Geschwister-Kinder in der Nov. 118. c. 5 eingeführt habe. Nach diesem Gesetze hätten also die Kinder verstorbener Geschwister das Recht oder Privilegium, vermöge dessen sie in dem Falle, wo sie mit des Erblassers Geschwistern concurrirten, an ihrer verstorbenen Eltern Stelle treten, und hierdurch denjenigen Erbtheil erhalten könnten, den ihr verstorbener Parens würde bekommen haben, wenn er noch lebte. Es kämen dabei folgende Grundsätze in Betracht.

1) das Repräsentationsrecht trete nur bei der Succession der Seitenverwandten ein, denn hier komme es auf die Nähe des Grades an. Enkel bedürften eines solchen Privilegiums nicht, um ihre Großeltern zu beerben, weil in der ersten Successionsklasse der nähere Grad den entfernteren nicht ausschließe.

2) Das Repräsentationsrecht gründe sich auf eine Fiction, als ob der Entferntere eben so nahe mit dem Erblasser verwandt sei, als der nähere Verwandte, durch den er sonst ausgeschlossen werden würde.

3) Das Repräsentationsrecht stehe nur den Söhnen und Töchtern solcher Geschwister zu, welche schon vor demselben gestorben seien. Hätten ihre Eltern den Erblasser nur einen Augenblick überlebt, so sei diesen die Erbschaft deferirt, und dann könne von einem Repräsentationsrechte keine Rede mehr sein. Eine Ausnahme würde jedoch alsdann stattfinden, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hätte, und einer der Brüder desselben, zwar nach dem Erblasser, aber doch bevor der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausgeschlagen, verstorben wäre; hier würden des verstorbenen Bruders Kinder vermöge des Repräsentationsrechtes succediren, weil hier die Proximität nach der Zeit beurtheilt werde, wo es gewiß geworden, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht angetreten habe.

B. Zum Behufe der Erbtheilung. In dieser Rücksicht könne das Repräsentationsrecht eintreten, wo es auf die Nähe des Grades gar nicht ankomme; denn es habe nur die Ausmittelung der Größe des Erbtheils derjenigen zum Zwecke, welche sich dieser Repräsentation bedienen; es betreffe also nicht das jus, sondern bloß den modum succedendi. Dieses Repräsentationsrecht finde bei Enkeln statt, wenn sie ihre Großeltern beerben. Denn um nicht von näheren Descendenten des Erblassers ausgeschlossen zu werden, bedürften sie keines Repräsentationsrechtes, weil es hier auf den Grad gar nicht ankomme, wie Nov. 118. c. 1 ausdrücklich verordne. Sie succedirten also ihren Großeltern jure proprio ab intestato. Da sie indessen keinen größeren Erbantheil er-

*) Es heißt in den Quellen: heres in locum et jus defuncti succedit, L. 9. §. 1 D. de edendo 2, 13, und insofern sagt man von ihm: er repräsentire personam defuncti. Vgl. Wening-Ingenheim, Lehrbuch § 505.

halten könnten, als ihre Eltern, wenn sie noch lebten, bekommen hätten, so träten sie insofern in die Stelle ihrer Eltern ein, daß sie nur nach den Stämmen erbten.

Glück, Intestaterbfolge §. 23.

Andere verstehen unter dem Repräsentationsrechte zum Behufe der Erbfolge überhaupt das Repräsentationsrecht, wonach Entferntere im Grade neben Näheren im Grade zur Succession gerufen seien, also das Repräsentationsrecht nicht bloß der Geschwister-Kinder ersten Grades in der 2. und 3. Klasse, sondern auch der entfernteren Descendenten, wenn sie neben näheren Descendenten zur Succession kommen.

Hugo, civil. Magazin Bd. 5. S. 256.

Andere beschränken das Repräsentationsrecht zum Behufe der Erbtheilung auf den Fall, wo väterliche und mütterliche Großeltern desselben Grades in der zweiten Klasse allein gerufen sind, also auf den Fall der successio in lineas.

Roßhirt, Einleit. in das Erbrecht S. 313 f.

Andere machen keinen Unterschied zwischen dem Repräsentationsrechte behufs der Erbfolge und behufs der Erbtheilung, und stellen den Satz auf: Repräsentationsrecht ist das Recht, die Erbportion zu erhalten, welche der verstorbene Ascendent, wenn er noch lebte, würde bekommen haben, und sei solches nicht allein für die Geschwister-Kinder, welche in zweiter Klasse succediren, sondern auch für Enkel, welche in erster Klasse succediren, zulässig. Die Grundbedeutung bestehe darin, daß diese Personen nicht proprio jure, sondern jure praedefuncti parentis ein Intestaterbrecht in das Vermögen des Erblassers hätten. Außer manchen anderen Folgen, welche man hieraus ableitete, namentlich in Betreff des Pflichttheils und der Collationsverbindlichkeit, folgerte man vorzüglich daraus, daß von einem Erbrechte solcher Personen nur dann die Rede sein könne, wenn auch ihr parens hätte erben können, und wenn sie überdies selbst Erben dieses parens geworden seien; denn nur unter dieser Voraussetzung gingen Rechte auf sie über.

Höpfner, Instit. §. 682.

Koch, successio ab intestat. §. 12 und fast alle älteren Rechtslehrer.

Andere verwerfen alle Argumentationen und Folgerungen, welche aus dem erst von den Schriftstellern geschaffenen Ausdruck Repräsentationsrecht hergeleitet seien. Man habe dem einfachen römischen Ausdrucke „in parentis locum succedere" das Wort Repräsentationsrecht substituirt und Sätze daraus abgeleitet, wovon das römische Recht nichts wisse. Das römische Recht nämlich sage von den Enkeln, welche den Großvater neben anderen Descendenten beerben, daß sie in locum oder in jura patris succedirten, weil sie nämlich gerade den Theil bekämen, welchen ihr Vater erhalten hätte, wenn er miterbte, weil sie also rücksichtlich dieser Beerbung den Platz einnehmen (in locum succedunt), den ihr Vater würde eingenommen haben, also jetzt selbst das Recht hätten, welches ihr Vater haben **würde, wenn er noch lebte** (in jura succedunt). Und hervorgerufen sei eigentlich dies Verhältniß durch den Satz des römischen Rechts, daß unter den Descendenten in verschiedenen stirpes die Gradesnähe nicht entscheide, wonach nothwendig, wenn mit einem Sohne Enkel von einem anderen concurrirten, hätte angenommen werden müssen, daß diese Enkel zusammen nur den Theil bekommen, welchen ihr Vater erhalten haben würde. Dieselben Grundsätze habe später Justinian auf die Succession der Geschwister und Geschwister-Kinder übertragen, indem er zum Besten der Neffen den Satz aufgehoben, wonach früher unter den Seitenverwandten unbedingt die Gradesnähe entschieden, und deshalb auch ganz nothwendig für diesen Fall, da Geschwister und Neffen zusammen erbten, die Theilung in stirpes habe einführen müssen. Diese Sätze nun, daß Enkel und Neffen so mit dem Grade nach näheren Personen zusammen erben könnten, nenne man das Repräsentationsrecht derselben. Dieses Repräsentationsrecht müsse aber als unhaltbar und unbegründet verworfen werden, da es, consequent durchgeführt, sich in sich selbst zerstöre. Wenn nämlich Enkel und Neffen nur insofern Erben werden sollen, als das Recht ihres verstorbenen parens auf sie übergehe, so könnten sie offenbar **nie** Erben werden; denn ihr parens, welcher vor dem Erblasser gestorben sei, habe ja noch gar kein Erbrecht, quia vivi hereditas non datur. Hätte er aber auch ein Erbrecht gehabt, so sei es doch ein bekannter Grundsatz des römischen Rechts, daß Erbrechte nicht wieder vererbt würden, und wollte man selbst Vererblichkeit eines an sich schon unvererblichen und hier überdies noch gar nicht existirenden Rechtes zugeben, so würde doch gar kein Grund ersichtbar sein, weshalb bloß Descendenten und nicht auch beliebige andere Erben des Verstorbenen Anspruch auf diese Vererbung haben sollten.

Verwerflicher als die Auffassung der ältern Rechtslehrer sei die Unterscheidung von Glück (siehe oben). Justinian wende in der Nov. 118. c. 3 nur gerade das, was bisher bloß von Enkeln gegolten habe, auch auf die Neffen an, und er gebrauche dabei auch fast wörtlich dieselben Ausdrücke, die er in cap. 1 von den Enkeln gebraucht habe. Zwar werde in cap. 3 noch besonders daraus, daß Neffen in suorum parentum locum et jura succedunt, **gefolgert**, daß dieselben halbbürtigen Geschwistern, sowie auch Oheimen und Tanten des Verstorbenen vorgehen müßten, obwohl diese in gleichem oder gar näherem Grade mit dem Erblasser verwandt seien, als die Neffen; und gerade diese Folgerung sei es, auf welche Glück insbesondere seine Behauptung gründe, daß bei Neffen ein Repräsentationsrecht **zur Erbfolge** angenommen werden müsse. Aber diese Folgerung erkläre sich vollständig aus der der successio in stirpes überhaupt zum Grunde liegenden Idee einer **gesetzlichen Substitution**, ohne deshalb irgend zu der Annahme eines Repräsentationsrechtes Zuflucht nehmen zu müssen. Als gesetzliche Substituten ihres verstorbenen Parens nehmen die Neffen dessen Stelle ein; als solche schlössen sie alle diejenigen aus, die ihr Parens ausgeschlossen hätte, und würden von denen ausgeschlossen, die diesen ausgeschlossen hätten; und als solche concurrirten sie mit Allen, mit denen ihr Parens concurrirt haben würde, obwohl freilich gerade in letzterer Beziehung Justinian mehrfache singuläre Beschränkungen angeordnet hätte. Irgend ein erheblicher Unterschied

zwischen Neffen und Enkeln sei nicht ersichtlich, wenn es nicht der sei, daß bei Descendenten diese gesetzliche Substitution ohne alle Gradbeschränkung in infinitum fortgehe, während in der Seitenlinie durchaus nur Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister als gesetzliche Substituten ihrer Eltern berufen seien.

Francke, Beiträge Bd. 1. S. 176 f.
Büchel, Streitfragen S. 217.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2 §. 414.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 315 u. 316.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 163. Not. 11.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 683.

Vgl. Intestaterbfolge, erste Klasse o. 17 und zweite Klasse c. 9. 10. 11. 12.

II.

Streitig ist, welches die Wirkung des sog. Repräsentationsrechtes sei.

Einige meinen, von einem Erbrechte der vermöge des Repräsentationsrechtes einrückenden Personen könne nur dann die Rede sein, wenn auch ihr pareus hätte erben können, und wenn sie überdies selbst Erben dieses pareos geworden seien. Denn in jedem Falle, wo die Repräsentation stattfinde, werde die Erbschaft unter die Repräsentirenden nach Stämmen vertheilt, die Repräsentirenden könnten nicht mehr und nicht weniger bekommen, als der repräsentirte Ascendent, wenn er noch lebte, als Erbe bekommen haben würde; hieraus folge, daß auf den Repräsentirenden auch die Verbindlichkeiten übergehen müßten, welche der Repräsentirte, wäre er nicht zu früh gestorben, als Erbe gehabt hätte. Nach L. 177 pr. de reg. jur. müßten sich daher die Repräsentirenden auch in dem Falle, da ihr pareos, den sie repräsentirten, dem Erblasser schuldig gewesen, billig den Theil der Schuld anrechnen lassen, den sich der Repräsentirte, wenn er selbst geerbt hätte, auf seinen Erbtheil hätte zuweisen lassen müssen. Und seien die Repräsentirenden Enkel des Erblassers, so seien sie ebenso wie ihr Vater oder ihre Mutter zur Collation verbunden, sie möchten Erben ihrer Eltern geworden sein oder nicht, L. 17. L. 19 C. de collat. Nov. 118. c. 1.

Voet, Comm. 28. 6. §. 4.
Wernher, observ. obs. 499 et 500.
Struben, rechtl. Bed. Th. 4. Nr. 83.
Westphal, Rechtsgutachten Nr. 16. S. 302.
Walch, introd. in contr. sect. 2. cap. 4. membr. 5. §. 26.
Koch, Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten Anmerk. 1 S. 13.
Pfitzer, über Collation der Descend. §. 9?.
Weber, Erläut. der Pand. §. 1609. S. 313.
Glück, Intestaterbfolge §. 26.

Andere behaupten das Gegentheil, weil die Enkel ihre Großeltern vermöge eigenen Rechts beerbten. Die Gründe sind dieselben, welche von den neuern Rechtslehrern gegen die Existenz des Repräsentationsrechts überhaupt angeführt werden, s. die Contr. 1.

Francke, Beiträge Bd. 1. S. 176 u. 177.
Büchel, Streitfragen S. 217 f.
v. Vangerow, Pand. §. 414.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1654.
Schweppe, röm. P.-R. §. 830 a.
Thibaut, System §. 858.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 631.
Puchta, Lehrb. §. 452.

Repräsentationsrecht bei Familienfideicommissen, s. Familienfideicommisse c. 4.

Res judicata bei der querela inoff. test., s. querela inoff. test. c. 13.

Restitution gegen Erbschaftsantretung des institutus — Wirkungen für den substitutus, s. substitutio vulgaris c. 7.

Revocatorienklage, s. Familienfideicommisse c. 7.

Ritter, Bedeutung im Sinne der Notariatsordnung, s. testamentum militare c. 3.

Rogation der Codicillarzeugen, s. Codicille c. 8.

— — der Testamentszeugen, s. Privattestamente c. 4 u. 5.

— — der Zeugen bei Testamenten ad pias causas, s. test. ad pias causas c. 3.

— — der Zeugen zum Widerruf der Testamente, s. Testamente, deren Widerruf c. 4.

Ruption des Testaments durch das Dasein eines zweiten Testaments, s. clausula derogatoris c. 1 u. 2.

S

Scheidung von Tisch und Bett, deren Einfluß auf das Erbrecht der armen Wittwe, s. Intestaterbrecht der armen Wittwe c. 4.

Schenkung von Todes wegen, s. donatio mortis causa.

Schenkungen, deren Einrechnung auf den Pflichttheil, s. Pflichttheil B. c. 4.

— — deren Collation, s. Collationspflicht c. 15. 16. 17.

— — ob der Vertragserbe solche leiden muß? s. Erbverträge c. 5.

Schlechter Ruf, ob solcher als Testamentszeuge schade, s. Privattestamente A. c. 9.

Schmeicheleien behufs Errichtung des Testaments, s. Betrug c. 3.

Schreibunkundige, s. Privattestamente B. c. 2.

Schreibunkundige, deren Codicille, s. Codicille c. 21.

Schuldgefängniß, unterbliebene Befreiung daraus, s. Enterbungsgründe c. 12. 13. 14.

Schwangerschaft, deren Untersuchung, s. missio ventris nomine c. 2. 3.

Selbstmörder, deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 7.

Senatusconsultum Libonianum.

I.

Die dem Schreiber einer letztwilligen Verfügung, auch wenn ihm der Testator dictirte, zum Vortheil gereichenden Anordnungen sind nach dem SC. Libonianum (L. 15 pr. de leg. Cornel. de fals. 48, 10. L. 3. §. 1 C. de his, qui sibi adscrib. in test. 9, 23) nichtig,

wenn nicht der Testator bei seiner Unterschrift erklärt hat, daß er die betreffende Anordnung dictirt habe.

Präjudiz 1.

Die Vorschrift des Libonianischen Rathsschlusses ist ganz allgemein, und die heutige Anwendbarkeit derselben nicht zu bezweifeln.

von Endr, jurist. Abh. S. 97 f.

Diese Disposition ist durch ausdrückliche Gesetze,

L. 29 D. de testam. tutel.

L. 4. L. 7 C. de suspect. tutorib.

auch auf die Vormünder extendirt, welche in einem vom Testator ihnen dictirten Testamente sich *selbst eigenhändig* als Vormünder eingeschrieben haben.

Erk. der Justiz-Canzlei zu Celle v. 8. Juli 1812, in S. Backhaus w. Konze.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 6. Nr. 54.

Streitig ist dabei, ob als Verfasser der Urkunde auch der Dictant gilt, und ob das, was zu Gunsten des Dictanten angeordnet ist, dem SC. Liboniano unterworfen sei.

Einige behaupten dies, weil der Dictant als Abfasser des Testaments betrachtet werden müsse, s. auch L. 15. §. 4 D. de leg. Cornel. de fals. 48, 10.

Puchta, Lehrbuch §. 472. Not. r.

Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 343.

Andere meinen, der Dictant könne nicht als Abfasser des Testaments betrachtet werden,

Sintenis, Civilrecht §. 171. Not. 18.

und sei übrigens die bloße Anwesenheit des eingesetzten Erben der Giltigkeit des Testaments nicht hinderlich.

Präjudiz 2.

Der Umstand, daß der in dem mündlichen Privattestamente eingesetzte Erbe während des Errichtungsacts in dem Krankenzimmer des Testators anwesend sich befunden hatte, wurde für unerheblich erachtet.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 8. April 1843.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 6.

II.

Ebenso ist dabei streitig, wie die Unterschrift des Testators unter oder in dem Testamente beschaffen sein müsse.

Einige meinen, die Bekräftigung der Niederschrift sei auf zweifache Weise möglich, bei der Unterschrift selbst, nämlich der der ganzen Testamentsurkunde, und durch besondere Unterzeichnung der betreffenden Disposition.

Puchta, Lehrbuch §. 472.

Andere meinen, die allgemeine Unterschrift des Testators genüge in der Regel nicht, sondern es werde subscriptio specialis, d. h. ein ausdrücklich auf die in favorem scribentis getroffene Anordnung gerichteter Beisatz erfordert, z. B. obige Bestimmung habe ich durchgelesen und genehmigt, oder das habe ich dictirt und selbst gelesen, arg. L. 1. §. 8 D. 48, 10. L. 15. §. 1 eod., doch solle dann, wenn einem Sohne das Testament dictirt worden, die bloße Unterschrift des Testators genügen, und deshalb sei bei Descendenten des Testirers — Hauskindern — eine allgemeine, bei anderen Schreibenden eine specielle Genehmigung des Testators, L. 1. §. 3 D. 48, 10. L. 2 C. 9, 23, erforderlich,

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 547.

Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 1. S. 19.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 453.

Marckart, de his, qui sibi adscribunt cap. 2. §. 14. cap. 3. §. 13 et 14.

Schweppe, röm. P.-R. §. 792.

und wenn der Schreiber der einzige Intestaterbe gewesen, so bedürfe er auch dieser Genehmigung nicht, wenn das Testament sonst formell giltig sein könne.

Sintenis, Civilrecht §. 171. S. 400.

Andere meinen, das Legat sei giltig, wenn der Erblasser dem Schreiber eigenhändig bezeugt, daß er ihm das Vermächtniß hinterlassen habe, während, wenn er bloß das Dictiren bezeuge, das Legat allerdings ungiltig bleibe, aber doch die Strafe der lex Cornelia hinwegfalle, L. 15. §. 1 D. 48, 10 vgl. mit L. 1. §. 8 eod. L. 2 C. 9, 23.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 433. Not. 2. S. 111.

Heimbach sen. im Rechtslexikon Bd. 10. S. 915.

Andere meinen ganz allgemein, die Disposition sei giltig, wenn der Erblasser im Testamente das Geschriebene genehmigt,

Thibaut, System §. 974.

und sei übrigens die Frage, ob das SC. Libon. auch auf Testamente Anwendung finde, welche verschlossen dem Gerichte übergeben wurden, zu bejahen.

Präjudiz 1.

Durch ein dem Gerichte verschlossen eingereichtes schriftliches Testament wird wohl die Zuverlässigkeit des letzten Willens beurkundet, und äußere Formgerechtigkeit begründet, keineswegs aber kann der innere Nichtigkeitsgrund, welcher in dem Schreiben einer dritten Person (hinsichtlich der diese honorirenden Verfügungen) liegt, dadurch hinweggehoben werden, indem allerdings auch ein solches öffentliches Testament ebensogut als ein schriftliches Privattestament einer möglichen Verfälschung *vor* seiner Ueberreichung ausgesetzt ist, mithin die ratio legis auf dasselbe ohne Zweifel zutreffend erscheint.

Erk. des OAG. zu Celle v. 11. December 1840.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 255.

Präjudiz 2.

In den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt hierüber unter Anderem vor:

Im römischen Rechte, nach welchem der Schreiber des Testamentes, wie aus dem berühmten fr. 25 qui testam. facere poss. 28, 1 hervorgeht, sehr wohl einen Zeugen abgeben konnte, insoferne er nur überhaupt die Fähigkeit hatte, Zeuge zu sein, war in dieser Hinsicht die Vorschrift des Senatusconsultum Libonianum von besonderer Bedeutung. Hierdurch wurde nämlich im Wesentlichen verfügt, daß jede zu Gunsten des testamentarius (Testamentsschreibers) gereichende, von diesem selbst niedergeschriebene Verfügung ungiltig sein, und in einem solchen Falle den testamentarius noch außerdem die Strafe der lex Cornelia de falsis treffen sollte.

Hält man nun fest, daß die auf den sog. testamentarius bezüglichen gesetzlichen Vorschriften den Zweck haben, eine Gewähr dafür zu geben, daß die letztwilligen Verfügungen ganz so niedergeschrieben werden, wie es der Testator gewollt hat, so ergibt sich von selbst, daß einerseits die für die Errichtung der Testamente zu einem ganz andern Zwecke und in einer ganz andern Richtung vorgeschriebenen Solennitäten ganz gesondert davon bestehen, andererseits aber auch rücksichtlich der rechtlichen Stellung des testamentarius zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Testamenten nicht zu unterscheiden ist. Denn soviel ersteres anlangt, so beziehen sich die Bestimmungen über den testamentarius auf die Niederschrift des letzten Willens, welche der solennen Errichtung derselben vorhergeht, während die Testamentssolennitäten die Bedingungen enthalten, unter welchen dergleichen bereits zu Papier gebrachte letztwillige Verfügungen die Kraft und Giltigkeit von Testamenten erhalten. Und soviel letzteres angeht, so kann die Niederschrift des Testaments durch den sog. testamentarius ebensogut bei der gerichtlichen Errichtung der Testamente, als bei der außergerichtlichen vorkommen.

Es läßt sich daher auch nicht behaupten, daß die allgemeine

Versicherung, welche der Testator über sein Testament bei dessen Ueberreichung gegen das Gericht abgibt, das specielle und als Solennität anzusehende Anerkenntniß vertreten könne, welches das Gesetz rücksichtlich der zum Besten des Testamentsverfassers und dessen Familie gereichenden Dispositionen erfordert.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 19. Febr. 1856.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 54.

III.

Streitig ist, ob das SC. Libonianum auch bei mündlichen Testamenten Anwendung finde.

Dies bejaht

Voet, Comm. ad P. 48. 10. §. 3.

Fast alle übrigen Rechtslehrer verneinen die Frage.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 453 a. E.
Merckart, de his, qui sibi adscribunt in testam. cap. 3. §. 4 et 5.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 914.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 433. Not. 2.
Sintenis, Civilr. §. 171. S. 400.

IV.

Außer der Nichtigkeit der Verfügung, soweit sie dem Schreiber zum Vortheil gereicht, trifft diesen auch die Strafe der Fälschung.

Streitig ist aber, in welchen Fällen diese Strafe wegfalle.

Einige meinen, es falle jetzt die Strafe überhaupt weg, wenn nicht andere Verhältnisse wegen ein Falsum anzunehmen sei.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 453. Not. d.

Andere meinen, die Strafe falle weg, wenn der Schreibende durch Befehl oder Irrthum, welcher letzte bei Soldaten vermuthet werde, bewogen sei, L. 5 et 6 C. 9, 23.

Thibaut, System §. 974.
Schweppe, röm. P.-R. §. 792.

Andere meinen, die Strafe falle weg, wenn der Haussohn auf Befehl des Erblassers die Verfügung niederschreibe, ohne daß dieser es eigenhändig bestätige; auch befreie Irrthum von der Strafe, wenn die Tochter im Testamente ihrer Mutter, oder der Soldat im Testamente seines Kameraden dem Gesetze zuwider handele, L. 15. §. 5 D. 48, 10.

Heimbach sen. im Rechtslexikon Bd. 10. S. 915.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 433. Not. 2.

Andere meinen, die Strafe falle aus Rechtsbegünstigung wegen Unkenntniß weg, wenn Descendentinnen ein von Ascendentinnen und Soldaten ein von Soldaten dictirtes Testament geschrieben hätten. Die Rechtsunkunde sei als Erforderniß aufzufassen, welches jedoch, der Fassung der L. 15. §. 5 cit. zufolge, im Zweifel als vorhanden zu betrachten sei.

Sintenis, Civilr. §. 171. S. 401.

Separata oeconomia, s. suus heres c. 4. desgl. substitutio pupillaris c. 9.

Siegel der Codicillarzeugen, s. Codicille c. 14.

— — fehlendes bei Testamenten, s. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 2.

Socius liberalitatis principis, s. Intestaterbrecht des socius liberal. princ.

Soldaten, deren Haftung bei unterlassener Errichtung des Inventars, s. benef. inventarii c. 23.

Soldaten, deren Privilegien bei Codicillen, s. Codicille c. 17.

Spurii, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, relative c. 5, desgl. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 4. 5. 6.

Stellvertreter, ob er die Erbschaft antreten darf? s. Erwerb des Erbrechts c. 1. 2.

Stiefkinder, deren Notherbenrecht, s. Notherbenrecht B. c. 14. 15.

— — deren Beerbung, s. Notherbenrecht B. c. 15.

Stipulatio partis et pro parte, s. legatum partionis c. 1.

Studienkosten, deren Collation, s. Collationspflicht c. 18.

Subscriptor octavus, s. Privattestamente B. c. 8. 9. 10.

Subsidium paternum, deren Collation, s. Collationspflicht c. 14.

Substitutio exemplaris, s. substitutio quasi pupillaris.

— — **Justinianea**, s. substitutio quasi pupillaris.

Substitutio pupillaris.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 370.
v. Vangerow, Pand. §. 452.
Rendtl im Rechtslexikon Bd. 10. S. 663 f.
Sintenis, Civilrecht §. 175.
Holzschuher, Theorie u. Cas. Th. 2. Abth. 1. S. 623 f.
Franck, de origine et nat. vulg. et pup. subst. 1829.
Löhr im civil. Archiv Bd. 9. S. 112 f.

I.

Daß nur dem unmündigen, unmittelbar in der Gewalt sich befindenden Kinde pupillarisch substituirt werden könne, ist zweifellos; streitig ist aber, ob das Kind schon im Augenblicke der Errichtung des Testaments unmittelbar in der Gewalt des Substituirenden gestanden haben müsse, oder ob es hinreiche, wenn das Kind im Augenblicke des Todes des Substituirenden zu ihm im Verhältnisse eines suus oder postumus suus sich befinde.

Einige meinen, das Kind müsse schon bei Errichtung des Testaments in der Gewalt des Substituirenden gestanden haben. Denn ein Testament habe nur dann Giltigkeit, wenn alle Bedingungen der Giltigkeit im Augenblicke seiner Errichtung vorhanden seien; die Pupillarsubstitution sei aber ein Testament des Kindes, welches zu seiner Giltigkeit voraussetze, daß der Unmündige sich unmittelbar in der Gewalt des Testators befinde; es verstehe sich also von selbst, daß zur Giltigkeit derselben das Angegebene erfordert werde. Vgl. L. 2 pr. L. 41. §. 2 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 210 D. de reg. jur. 50. 17. pr. Inst. eod. 2, 16.

Schweppe, röm. P.-R. § 812. S. 107. Not. 4.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 464.
Donellus, Comm. lib. 6. cap. 25. §. 12 et 13.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 26.
Vinnius ad pr. Inst. 2. 16. Nro. 3 et 4.

Andere behaupten das Gegentheil und nehmen an, daß z. B. auch eine erst nach der Testamentserrichtung erfolgende Adoption eine frühere Substitution für einen impubes extraneus in Kraft treten lasse, L. 2 pr. D. de

vulg. et pup. subst. 28, 6, und daß überhaupt den Enkeln u. s. w. bei Lebzeiten ihrer Väter substituirt werden könne, wenn sie nur zur Zeit des Todes des Großvaters in dessen unmittelbarer Gewalt stehen, L. 41 pr. eod.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 271 f.
Sintenis, Civilrecht §. 175. Not. 1.
Löhr im civil. Archiv Bd. 9. S. 112.

Siehe die Widerlegungen dieser Ansicht bei

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 626.

II.

Während bei der Vulgarsubstitution der Grundsatz gilt: substitutus substituto, substitutus instituto, streitet man, ob solcher Satz auch bei der Pupillarsubstitution gelte.

Einige verneinen dies; denn die Pupillarverlassenschaft sei, wenngleich durch das väterliche Testament deferirt, doch an sich eine von der des Vaters verschiedene Erbschaft. So gut der Vater daher nur dem einen Kinde pupillariter substituiren, in Beziehung auf das andere aber es bei der gesetzlichen Erbfolge lassen könne, so vertrage es sich auch vollkommen mit der juristischen Consequenz, daß der Pupillarsubstitut nur das Vermögen desjenigen erbe, dem er ausdrücklich substituirt sei, nicht aber auch dasjenige, was dieser, hätte er länger gelebt, geerbt haben würde; dieses müsse vielmehr den Intestaterben des zuletzt verstorbenen Unmündigen anfallen. Ein Unterschied mit der Vulgarsubstitution sei einleuchtend; denn bei dieser folge der Grundsatz: substitutus substituto etc. mit juristischer und logischer Nothwendigkeit daraus, daß der Testator über eine und zwar über seine eigene Erbschaft verfüge. Wollte man hier die Regel: substitutus substituto etc. nicht gelten lassen, so würde ja in dem Falle, wenn nur zwei Miterben vorhanden seien, wo der eine dem andern, und jenem wieder eine dritte Person substituirt worden, der substituirte Miterbe aber zuerst gestorben sei, bloß dessen Erbtheil an den Substituten kommen, mithin gegen die Regel: nemo pro parte testatus etc. für den Theil des andern Miterben die Intestaterbfolge eintreten müssen. Vgl. L. 47 D. de vulg. subst. 28, 6. L. 2. §. 2 D. de hered. vel act. vend. 18, 4.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 368.
Sintenis, Civilr. §. 175. Not. 18.

Zum Theil auch

v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 453. S. 179.

Andere meinen, aus der cit. L. 47 lasse sich die von den Gegnern aufgestellte Behauptung nicht begründen. Denn zuvörderst scheine die Substitution der Gattin und Schwester, si filia, antequam nuberet, decessisset, vielmehr eine fideicommissarische, und, daß die Tochter in der Folge bei ihrem Ableben noch unmündig gewesen, als ein bloß zufälliger Umstand nicht bei der Beurtheilung der Disposition des Vaters in Betracht kommen zu können; sei nun aber der Tochter nur fideicommissarisch substituirt, so erhelle von selbst, daß die Entscheidung in L. 47 cit. nicht anders habe erfolgen können. Supponire man aber auch, wie gewöhnlich von den Erklärern der Stelle geschehe, der Tochter sei pupillariter substituirt, so sei damit doch eine eigentliche Ausnahme von der Regel nicht dargethan, weil der vorgelegte Fall gar nicht unter die Regel: substitutus substituto etc. falle. Man könne also nicht sagen, auf Pupillarsubstitutionen sei der Satz unanwendbar, sondern nur: bei mehreren Pupillarsubstitutionen gestalte sich die Sache anders, aus dem einfachen Grunde, weil da ganz verschiedene Erbschaften gegeben seien.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 625.
Löhr im civil. Archiv Bd. 9. S. 115.
Braun, Dictate zu §. 701.
und die bei Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 368. Not. 79 Allegirten.

III.

Streitig ist, ob auch einem enterbten Kinde pupillariter substituirt werden könne.

Die Meisten bejahen dies, bemerken aber, daß der Vater das Vermögen des Kindes nicht mit Vermächtnissen belasten könne, sofern er ihm nicht eine entsprechende Zuwendung gemacht habe, weil Niemand weiter onerirt werden könne, als er honorirt sei, L. 1. §. 2. L. 41. §. 3 de vulg. et pup. subst. 28, 6.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 626.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 812.
Höpfner, Instit. §. 506.
Thibaut, System §. 837.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 375 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 665.

Andere meinen, die Substitution sei wirkungslos; denn wenn auch nach der richtigen Meinung durch Exheredation das Suitätsrecht nicht geradezu aufgehoben werde, so gelte doch der wirksam Enterbte für todt, L. 1. §. 5 D. de conj. cum emanc. lib. 37, 8, folglich könne er auch nicht mehr als suus heres betrachtet werden; da nun aber nur demjenigen wirksam substituirt werden könne, der bei der Delation der väterlichen Erbschaft suus heres sei, so müsse die Pupillarsubstitution von selbst wegfallen, wenn die Enterbung bei Kräften bleibe. Nur wenn der Vater die Enterbung wieder aufhebe, oder diese sonst ihre Wirkung verliere, z. B. durch Entsagung von Seiten des Testamentserben, behalte die Pupillarsubstitution ihre Kraft.

Vinnius ad §. 4 Inst. de pup. subst. 2, 16.
Höpfner, Instit. §. 504. Not. 1.

Andere meinen, wenn auch nach Pandektenrecht nicht als nothwendig gedacht werde, daß der Pupill zum Erben eingesetzt, sondern auch der Fall seiner Enterbung nicht ungewöhnlich vorausgesetzt sei, so lasse sich doch nach der Nov. 115. c. 3 nicht denken, daß der Pupill sich schon eines Enterbungsgrundes solle schuldig gemacht haben; der Fall einer Pupillarsubstitution sei mithin gegenwärtig so anzunehmen, daß der Pupill auch zum Erben eingesetzt sei, und daß die Enterbung eines Unmündigen nur gerechtfertigt werde, wenn sie nicht zu seinem Nachtheile geschehe; es müsse deshalb angenommen werden, daß die Befugniß des Vaters, seinem Kinde pupillariter zu substituiren, auf die exheredatio bona mente zu beschränken sei.

Sintenis, Civilrecht §. 175. Not. 2.

Andere bestreiten dies, weil auch ein Unmündiger

schon ein solcher Bösewicht sein könne, daß er die Enterbung verdient habe.

Höpfner, Instit. §. 506. Not. 2.

IV.

Insoweit die Pupillarsubstitution über die Jahre der Unmündigkeit hinaus errichtet ist, ist sie ungiltig. L. 7. L. 14 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. §. 8 Inst. eod. 2, 16.

Streitig ist aber, ob die Substitution, insoweit sie über die Erreichung der Mündigkeit hinaus ausgedehnt ist, nicht als Fideicommiß gelte.

Einige bejahen dies; nur dürfe eine solche fideicommissarische Substitution nicht schon allemal in der Ausdehnung einer Pupillarsubstitution über deren gesetzliche Endigungszeit hinaus gefunden werden, sondern es sei durchaus erforderlich, daß der Testator diese wenigstens als fideicommissarische müsse gewollt haben, was äußersten Falls die Codicillarclausel ausdrücke und erreiche.

Sintenis, Civilr. §. 175. Not. 30.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 381.
Stryk, de caut. test. cap. 18. membr. 2. §. 24.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 664. Not. 62.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 628.
Hartitzsch, Entscheidungen Nr. 402.

Andere meinen, eine solche Verfügung könne in keinem Falle, auch nicht als Fideicommiß, gelten, L. 14 D. 28, 6. §. 8 in f. Inst. 2, 16. L. 76 D. 36, 1.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 464 u. die Not. 8 Genannten.

Vgl.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 25.
Wernher, lect. comm. ad D. 28. 6. §. 16.
Weber in Höpfner's Instit. §. 507. Not. 2.

V.

Streitig ist, ob die Mutter eine Pupillarsubstitution anordnen könne.

Einige bejahen dies, gestützt auf L. 33 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.

Duaren in expos. ad tit. 28. 6. c. 14.
a Costa in Comm. ad tust. tit. de vulg. et pup. subst.

Andere meinen, die Mutter könne nur, gleich anderen Personen, eine fideicommissarische Substitution anordnen. Die Bestimmung der L. 33 cit. gelte neben den neueren notherbrechtlichen Bestimmungen nicht mehr. Sehr mit Unrecht werde es uneigentliche Pupillarsubstitution genannt, wenn die Mutter oder ein Dritter dem von ihnen zum Erben eingesetzten Kinde Jemanden substituire, falls dasselbe unmündig sterben sollte; dies sei nichts weiter als eine bedingte Vulgarsubstitution.

Sintenis, Civilrecht §. 175. Not. 2.
Schweppe, röm. P.-R. §. 812. S. 107. Not. 4.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 464. Not. 1.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 663. Not. 58.
Stryk, usus mod. P. 28. 6. §. 6.
Schmidt, hinterlassene Abh. Bd. 1. S. 176.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 261.
v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 402.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 627.

VI.

Streitig ist, welche Ansprüche den Notherben gegen eine Pupillarsubstitution zustehen.

Gewöhnlich wurde von älteren Juristen die Ansicht aufgestellt: Nach den Pandekten könne, wenn der Vater einen Fremden zum Erben des unmündigen Sohnes ernannt habe, von dessen Pflichttheilsberechtigten keine Querel erhoben werden; doch sei der Mutter ein Anspruch auf den Pflichttheil nicht zu versagen, und dafür berief man sich entweder auf Nov. 115 oder auf Billigkeit und Gerichtsgebrauch.

Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 14. th. 34—36.
Stryk, us. mod. 5. 2. § 15.
Berger, oecon. jur. lib. 2. th. 18. not. 6.
Höpfner, Instit. §. 508.
Haubold, sächs. P.-R. §. 341 a.

In neuerer Zeit sind sowohl über das Recht der Pandekten wie über das jetzige Recht verschiedene Ansichten aufgestellt worden.

Einige meinen in Beziehung auf das ältere Recht, daß Personen, welche zugleich gegen den Unmündigen und gegen dessen Vater Pflichttheilsrecht haben, mit der Querel die Substitution angreifen könnten, jedoch auch dieses nur, wenn sie in der Lage wären, des Vaters Testament zugleich anzufechten. Es würde dieses die Geschwister des Unmündigen treffen, aber auch auf dessen Mutter, sobald sie das Erbrecht der armen Wittwe habe, anzuwenden sein. Man stützt sich auf L. 8. §. 5 D. de inoff. test., wo Ulpian sage: sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hac fecit, et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris (testamentum) rescissum est; tunc enim pupillare valet. Dies Gesetz wird nun so paraphrasirt: das Testament des Kindes bliebe stets bestehen, wenn der Beschwerdeführer nur Notherbe des Vaters, aber nicht des Kindes, oder umgekehrt, wenn er nur Notherbe des letzten, aber nicht des ersten sei. Sei er aber Notherbe beider, so müsse man unterscheiden, ob er das väterliche Testament ganz umwerfe oder nicht. Im ersten Falle gehe das Testament des Kindes, als Nebentheil, auch mit zu Grunde. Im letzten Falle aber bleibe es bestehen, sofern nicht zugleich gegen das zweite Testament die Klage gerichtet und durchgesetzt sei. Dies Alles solle aber nur nach dem Pandektenrechte gelten, wonach hier an keine Nullitätsquerel gegen das Testament des Kindes zu denken gewesen sei, weil ein impubes keine Kinder haben könne, und weil nur im Falle der Präterition den Kindern die Nullitätsquerel zugestanden habe. Allein nach Nov. 115 stehe nun auch der nicht ex causa legitima ausgeschlossenen Mutter eine solche Nullitätsquerel zu, und da sei nicht der entfernteste Grund vorhanden, dem Vater die rücksichtslose Ausschließung zu gestatten. Der Grund der älteren Freiheit des Vaters passe auch gar nicht auf solche formelle Notherben, weil sie doch immer in der Ungewißheit lebten, ob sie nicht exheredirt seien.

Neustetel und Zimmern, röm.-rechtl. Unters. Bd. 1. S. 83 f.
Faber, ration. ad L. 8. §. 5 D. de inoff. test.

Andere meinen, die ebengedachten Ausführungen beruheten auf einer falschen Auslegung des Schlusses der Gesetzesstelle, indem dort offenbar nur eine Anwendung des bekannten Grundsatzes vorkomme, daß, wenn die primae tabulae ganz zusammenfallen, auch die secundae tabulae untergingen, während dieselben erhalten blieben, wenn das väterliche Testament nur zum Theil rescindirt werde. — Es verstehe sich vielmehr ganz von selbst, daß der pupillariter substituirende Vater seine eigenen Notherben hierbei nicht zu berücksichtigen habe, indem ja die Substitution nach dem Gesichtspunkte des neuern Rechts nur ein Testament für das unmündige Kind sei. Ebenso könne auch nach dem Rechte der Pandekten und des Codex von einer Berücksichtigung der Notherben des Kindes keine Rede sein; denn da dieses natürlich keine Descendenten haben konnte, so müsse die zur Form der Testamente gehörige Verpflichtung, rite zu instituiren oder zu exherediren, von selbst wegfallen, und auch von einer querela inoff. test. der Pflichttheilsberechtigten könne nicht gesprochen werden, weil Niemand über Lieblosigkeit des Kindes klagen könne, denn dieses sei ja der Testator gar nicht gewesen.

v. Vangerow, Pand. §. 453. Not. 3.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 5. S. 345.
Francke, das Recht der Notherben S. 454.

Dagegen ist die Entscheidung der Frage, ob nicht jetzt nach Nov. 115 der Vater die Ascendenten des Unmündigen berücksichtigen müsse, zweifelhafter. Einige bejahen auch diese Frage, weil der Vater Alles, was zur Form des Testaments gehöre, nothwendig beobachten müsse, und nach Nov. 115 gehöre es zur Form, daß die Ascendenten instituirt würden, oder daß eine begründete Exheredationsursache angegeben werde.

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 14. §. 34.
Book, Lehre von der Enterbung §. 24.
Zimmern, römisch-rechtl. Unters. Bd. 1. S. 86.
Francke, Recht der Notherben S. 456.

Andere meinen, die von den Gegnern eben angeführten Grundsätze würden, streng durchgeführt, zu der Absurdität führen können, daß der testirende Vater auch sich selbst instituiren müsse. Es sei deshalb vielmehr gewiß, daß die von Justinian vorgeschriebene Form denselben inneren Grund habe, wie die materielle Verbindlichkeit zur Hinterlassung des Pflichttheils, nämlich die Pietät, und daß also auch dieselbe Argumentation, deren sich die römischen Juristen zur Abweisung jener materiellen Verbindlichkeit bedient haben, angewandt werden müsse, um die Beobachtung jener Form als unnöthig erscheinen zu lassen. Hiermit stimme auch ganz das canonische Recht überein, wonach der Satz feststehe, daß der Vater bei Errichtung der secundae tabulae keinerlei Verbindlichkeit hat, irgend einen Notherben des Pupillen zu bedenken.

Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. S. 109.
Thibaut, System §. 837.
Höpfner, Instit. §. 508. Not. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 390.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 3. Nr. 115.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 5. S. 343 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 453. Not. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 628.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 668. Not. 88.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 464.

Präjudiz 1.

A. hatte sein einziges Kind B. testamentarisch zum Universalerben ernannt, unter der Bestimmung, daß, wenn B. vor zurückgelegtem einundzwanzigsten Jahre sterbe, dessen von ihm ererbtes Vermögen auf C. und D. fallen solle. In einem Nachtrage zu diesem Testamente hatte er demnächst hinzugefügt: es verstehe sich von selbst, daß C. und D. die Verlassenschaft seines in der Minderjährigkeit versterbenden Kindes nur unbeschadet des seiner, des A., geschiedenen Ehefrau E., als Mutter des B. „etwa gebührenden" Pflichttheils erhalten könnten, wie er solches hiermit ebenfalls verordne.

B. war darauf kurz nach dem A., im vierten Lebensjahre verstorben; C. und D. hatten sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt, und E. erhob nunmehr Klage gegen sie auf Herausgabe eines Drittheils dieses Nachlasses als des ihr gebührenden Pflichttheils.

Diese Klage wurde oberstrichterlich abgewiesen aus folgenden Gründen:

In Absicht auf die Frage, ob die von A. angeordnete Substitution eine pupillare, oder fideicommissarische sei, ist nicht zu übersehen, daß die Worte der Verfügung entschieden für eine pupillare sind. Der Testirer hat seinem unmündigen Sohne für den Fall, daß dieser während der Minderjährigkeit sterben würde, die Beklagten geradezu als Erben substituirt; es ist mithin eine directe Substitution vorhanden. Dabei muß man stehen bleiben, solange nicht der übrige Inhalt des letzten Willens nöthigt, die directe Wortfassung nach der Absicht des Testirers von einer fideicommissarischen zu verstehen. Dieses folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen von der Auslegung letzter Willen, nach welchen sich auch bei diesen zunächst und so lange an den Wortverstand der Verfügungen zu halten ist, bis eine abweichende Absicht des Testirers erwiesen vorliegt,

fr. 25. §. 1. fr. 69 pr. de legat. III.
fr. 101. §. 2 de conditionib. et demonstrationib. 35, 1.

es ist aber auch ausdrücklich bestimmt, daß eine den Worten nach directe Substitution so lange als eine solche aufrecht erhalten werden soll, bis sich die entgegengesetzte Absicht einer fideicommissarischen entschieden aus dem übrigen Inhalte des letzten Willens ergibt,

cap. 1 de testamentis in VIto 3, 11.

Dies ist hier in keiner Weise der Fall. Die Regel ist zwar, daß die Pupillarsubstitution nur bis zum Eintritte der Pubertät giltig angeordnet werden kann; hat aber der Vater, wie hier, seinem unmündigen Kinde über jenes Alter hinaus direct substituirt, so wird die Verfügung doch bis zum Eintritte der Pubertät als pupillaris substitutio aufrecht erhalten.

fr. 7. fr. 14. fr. 15 de vulgari et pupillari substit. 28, 6.
C. 8 de impuber. et aliis substit. 6, 26.
Papillanius, de pupillari substit. c. 4 in Ottonis thesaur. Tom. IV. p. 726.

Ebensowenig steht die Beschränkung der Substitution auf das dem Pupillen von dem Erblasser zugewendete Vermögen dem Wesen der Pupillarsubstitution entgegen; vielmehr umfaßt die Substitution in einem solchen Falle nichtsdestoweniger die Gesammtheit des Nachlasses des Unmündigen.

fr. 10. §. 5. fr. 15. fr. 41. §. 8 de vulgari et pupillari substit.

Als unbegründet stellt sich demnächst die Behauptung der Klägerin dar, als ob ihr der geklagte Pflichttheil schon nach dem ehemännlichen Testamente ohne weiteres gebühre. Denn wenn in diesem „der ihr etwa gebührende" Pflichttheil ausdrücklich vorbehalten worden, so ist darin keine unmittelbar auf dem Grunde jener letztwilligen Verfügung wirksam werdende Zuwendung enthalten,

arg. fr. 31 de usur. 22, 1.

sondern es kommt dabei Alles darauf an, ob und wiefern die Klägerin den Dispositionen des Testaments gegenüber einen Pflichttheil aus dem Nachlasse ihres Sohnes nach den Gesetzen zu fordern hat, indem sie nur unter dieser Voraussetzung und nur insoweit auch in jenem Testamente bedacht ist.

Nach älterem römischen Rechte nun unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Anspruch der Mutter auf den Pflichttheil der väterlichen Pupillarsubstitution gegenüber nicht stattfand,

tr. 8. §. 5 de inoff. testam. 5, 2.

und wenn auch Manche diesen Grundsatz durch die Vorschrift der

Nov. 115. cap. 4: „Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habeat testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint."

für aufgehoben halten,

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 14. th. 34 sq.
Neustetel und Zimmern, römisch-rechtl. Unters. Nr. 4. S. 86.
Francke, Notherbenrecht S. 456 ff.

obschon die Worte der Novelle den Fall, da nicht das Kind, sondern der Vater für dasselbe testirt hat, gar nicht umfassen, so ist doch die entgegengesetzte Meinung durch das canonische Recht offenbar bestätigt worden.

cap. 1 de testam. in VIto cit.

und wenigstens deshalb als die gemeinrechtlich giltige zu betrachten.

Carpzov, definit. P. 3. c. 8. def. 1. et resp. 6. tit. 3. resp. 29.
Pufendorf, observ. Tom. 3. obs. 117.
Höpfner, Comm. über die Institutionen §. 508.
Thibaut im Archiv für civil. Praxis Bd. 5. S. 345 ff.
Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. Buch 5. §. 88.
Schweppe, röm. P.-R. (edit. Mejer) Bd. 5. §. 812. S. 109.
Erk. des OAG. zu Jena vom 16. Juli 1835, in S. der verehel. Fröbel w. Schumann u. Gen.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 222.

VII.

Wenn der Pupillarinstitut auch in dem väterlichen Testamente zum Erben eingesetzt ist, und die Erbschaft des Vaters angetreten hat, so kann er die Erbschaft des Pupillen nicht mehr ausschlagen, L. 59 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. L. 2 C. de jure delib. 6, 30.

Allein man streitet, ob dies nur auf den Fall zu beziehen sei, wenn der Pupill auch Erbe des Vaters geworden ist.

Einige meinen, alsdann, wenn das Kind exheredirt sei oder abstinirt habe, so habe der Substitut die Befugniß, die Erbschaft des Kindes auszuschlagen. Denn der Substitut, als Erbe des Vaters, könne nicht weniger Rechte haben, als sein Intestaterbe gehabt haben würde; folglich müsse er das Recht haben, eine von der väterlichen (z. B. durch Exheredation des Sohnes) ganz getrennte Erbschaft nach Belieben anzunehmen oder auszuschlagen. Durch die Annahme der väterlichen Erbschaft sei er ja zu nichts verbunden; von einem jus accrescendi sei nicht die Rede, kein Rückfall eines Theils des väterlichen Vermögens (nämlich des vom Pupillen besessenen Theils) sei vorhanden, denn der Pupill sei ja z. B. enterbt. Ein Bruder des Pupillen, welcher Intestaterbe des gemeinsamen Vaters geworden, würde ja auch befugt sein, die Erbschaft des unmündigen Bruders auszuschlagen; der väterliche Testamentserbe müsse dasselbe Recht haben.

Warnkönig in Roßhirt's Zeitschrift Bd. 2. S. 5 f.

Andere meinen, wenn sich auch scheinbar innere Gründe für die gegentheilige Ansicht anführen ließen, so stelle doch die L. 59 cit. den Satz auf, daß der Substitut nach angetretener Erbschaft des Vaters in keinem Falle die Erbschaft des Pupillen ausschlagen dürfe, und deshalb dürfe man ohne Willkür die Beschränkung der Gegner nicht annehmen.

v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 434.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 430.
Sintenis, Civilrecht §. 175. S. 451.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 631.

VIII.

War ein impubes arrogirt, so streitet man, ob die frühere väterliche Pupillarsubstitution, wenn der arrogirte Unmündige in der Unmündigkeit verstirbt, aufrecht erhalten werde.

Einige verneinen dies, und gestatten nur, daß die Pupillarsubstituten das Vermögen des Pupillen als Schuld fordern können, weil sonst gegen die Regel verstoßen werde: nemo cum pluribus testamentis decedere potest. Es müßte im höchsten Grade regelwidrig sein, eine Pupillarsubstitution fortbestehen zu lassen, nachdem der Pupill unter eines Andern Gewalt getreten sei. L. 40 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 19 pr. D. de adopt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 410 f.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 631.

Andere bejahen die Frage, und erklären die Abweichung von der gedachten Regel durch die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses des Arrogators eines Unmündigen zu dessen Vermögen während seiner Unmündigkeit. Die L. 17. §. 1 de adopt. sei nur vom Standpunkte unbeschränkter Arrogation zu verstehen, während ja eine Caution bestellt werden müsse, also eine Beschränkung durch eben die Caution eintrete.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 464.
Göschen, Vorles. §. 846 a. E.
Puchta, Lehrbuch §. 478 a. E.
Sintenis, Civilr. §. 175. Not. 7.
Westphal, von Testam. §. 713.

IX.

Der Großvater kann den Enkeln, die in seiner Gewalt sind, pupillariter substituiren; streitig ist aber, ob solches auch dann zulässig sei, wenn der Sohn durch Anstellung einer separata oeconomia aus der väterlichen Gewalt gegangen, sodann gestorben ist und Kinder nachgelassen hat.

Einige verneinen die Frage, weil dem Ascendenten überall kein Recht mehr über die Persönlichkeit des aus seiner Gewalt Befreiten und dessen Kinder zustehe, und somit falle auch das Recht weg, ihnen pupillariter zu substituiren.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 371 und die Not. 95 Angeführten.
Höpfner, Instit. §. 506. Not. 2.
Pufendorf, obs. T. III. obs. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 627.

Andere bejahen die Frage; denn durch die separata oeconomia trete zwar eine vollständige Befreiung von der väterlichen Gewalt ein, dem Befreiten verbliebe aber die Familien- oder Agnationsrechte, es würden also zwar die lästigen Wirkungen der väterlichen Gewalt dadurch aufgehoben, nicht aber auch die vortheilhaften, mithin müsse auch das Recht fortbestehen, dem suus pupillariter zu substituiren.

Böhmer, exercit. ad P. T. t. p. 913.
Cocceji, jus civ. lib. 1. tit. 7. qu. 12.

Präjudiz 1.

In einem bei dem OAG. zu Celle vorgekommenen Falle wurde die Substitution für ungiltig erklärt, weil die väterliche Gewalt durch die Anstellung eigener oeconomia aufgehoben sei, folglich auch ihre Wirkungen, insonderheit auch das Recht, pupillarisch zu substituiren, aufgehört hätten.

Höpfner, Instit. §. 506. Not 2.

Substitutio pupillaris der Mutter, s. substitutio pupillaris c. 5.

Substitutio quasi pupillaris *).

Unterholzner im civilist. Archiv Bd. 2. Nr. 5.
Löhr das. Bd. 5. Nr. 3. Bd. 9. Nr. 7.
Thibaut das. Bd. 5. Nr. 13. Bd. 10. Nr. 10.
Francke, Notherbenrecht S. 463 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 475. Bd. 41. S. 1 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 456.
Puchta, Pand. §. 479.
Sintenis, Civilr. §. 176.
Düffer, diss. ad const. 9 C. de impub. et al. subst. 1848.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 672 f.
Haimberger im civil. Archiv Bd. 12. S. 354 f.

I.

Ueber den Begriff und das Wesen der substitutio quasi pupillaris, auch wohl subst. exemplaris oder Justinianea genannt, herrscht Streit.

In neuerer Zeit ist häufig die Meinung aufgestellt, daß der Substitut nur auf dasjenige Vermögen Anspruch machen könne, welches von dem testirenden Ascendenten dem wahnsinnigen Kinde hinterlassen sei. Man definirt die sog. Quasipupillarsubstitution dann als die Erbeinsetzung, welche ein Ascendent für seinen wahnsinnigen Descendenten in Betreff desjenigen Vermögens vornimmt, welches der Testirer dem Wahnsinnigen hinterlassen hat. Für diese Ansicht beruft man sich auf folgende Gründe:

1) In der L. 9 C. de impub. subst. 6, 26, wodurch diese neue Substitutionsart eingeführt werde, komme auch nicht die leiseste Andeutung vor, daß einem solchen Substituten das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen zufallen solle; ebensowenig sei darin ausgesprochen, daß die Pupillarsubstitution allgemein als Muster dieser neuen Substitution anzusehen sei, indem vielmehr nur in einer einzigen ganz speciellen Beziehung die Analogie der subst. pupillaris hervorgehoben werde. Es solle nämlich in der Anordnung einer subst. quasi pupillaris ebensowenig eine Belastung des Pflichttheils gefunden werden dürfen, wie in der Ernennung eines Pupillarsubstituten, oder, wie die hierher gehörigen Worte der L. 9 cit. auch verstanden werden könnten, es solle ebensowenig, wie bei der subst. pupillaris eine querela inoff. test. begründet sein, wenn der Testator bei dieser Substitution Pflichttheilsberechtigte übergangen habe. Welche von diesen beiden Auslegungen man nun auch annehmen möge, so sei doch immer die Vergleichung mit der subst. pupill. eine ganz specielle, so daß daraus unmöglich der allgemeine Satz gerechtfertigt werden könne, daß die subst. quasi pupillaris sich auf das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen beziehen dürfe.

2) Wenn es ferner in §. 1 Inst. de pup. subst. heiße, der Ascendent solle seinem wahnsinnigen Descendenten, obwohl derselbe schon mündig sei, doch ad exemplum pupillaris substitutionis gewisse Personen substituiren dürfen, und diese Substitution solle auch wieder ad exemplum pupillaris substitutionis erlöschen, wenn der Wahnsinn aufhöre, so folge hieraus wiederum nichts, wenn man nur das wahre Verhältniß zwischen der Coderstelle, als dem neuen Sitze des eigentlichen Instituts, und der Institutionenstelle als einer bloßen Relation aus jener Verordnung festhalte. Wenn sich alsdann finden sollte, daß die in den Institutionen gezogene Parallele zwischen beiden Substitutionsarten sich auch mit dem Begriffe der subst. quasi pupillaris vereinigen lasse, welcher uns rein aus der Betrachtung der L. 9 C. cit. entgegentrete, so müsse man dabei stehen bleiben, und dürfe nicht aus jener Parallele neue Consequenzen ziehen, die zu einer Veränderung des Begriffs führen könnten. Nun seien aber die in den Institutionen hervorgehobenen Analogien der Art, daß dieselben auch nach dem angedeuteten und aus der L. 9 cit. gerechtfertigten Begriffe der Quasipupillarsubstitution als passend erscheinen. Jene ratio nämlich, Mangel der Testirfähigkeit aus physischen Gründen, führe bei dem Unmündigen zu dem Rechtssatze, daß der Hausvater, und nur dieser dem Unmündigen Erben bestimmen konnte, denen das gesammte Vermögen zufalle; bei dem Wahnsinnigen aber führe ganz dieselbe ratio zu dem anderen Rechtssatze, daß jeder Ascendent dem Wahnsinnigen Erben für den Theil des Vermögens bestimmen dürfe, welcher von dem testirenden Ascendenten an den Wahnsinnigen gelange. Wenn Justinian ferner sage, der Ascendent dürfe seinem wahnsinnigen Descendenten ad exemplum pupillaris substitutionis gewisse Personen substituiren, so habe dies nur den Sinn, daß, gleichwie es bei der subst. pupillaris vorkomme, daß Jemand für eine dritte Person Erben ernennen dürfe, dies auch bei der subst. quasi pupillaris der Fall sei.

3) Ein Argument für die Richtigkeit der vertheidigten Meinung gebe die L. 9 C. cit., insofern bei der Ansicht der Gegner die ganz unerträgliche Absurdität zum Vorschein kommen könne, daß ein Ascendent noch unbeschränkter über das von einem anderen Ascendenten herkommende Vermögen disponiren dürfe, als es diesem selbst möglich gewesen wäre.

4) Nach Justinian's Bestimmung stehe das Recht, einem Wahnsinnigen zu substituiren, nicht etwa nur dem Hausvater, wie bei der subst. pupillaris zu, sondern vielmehr einem jeden Ascendenten ohne Unterschied des Geschlechts und des Grades. Wenn nun also mehre Ascendenten von ihrem Rechte Gebrauch machen, so führe die Annahme: die Quasipupillarsubstitution

*) Sintenis bemerkt über die substitutio quasi popillaris: Diese Lehre befindet sich in Ansehung ihrer Grundauffassung, wie ihrer meisten und wichtigsten Einzelnheiten, dergestalt in Controversen befangen, daß ihr praktischer Werth ein nur sehr precärer genannt werden kann. Obgleich sich die angesehensten Civilisten mit deren Lösung befaßt, so stehen sich die Ansichten derselben so schroff gegenüber, daß Lösung der Zweifel nur von der Hand des Gesetzgebers zu erwarten ist. §. 176. Not. 1.

beziehe sich auf das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen, zu Collisionen, deren Entscheidung doch gewiß eine gesetzliche Bestimmung würde erheischt haben. Und doch komme weder in den Institutionen noch in dem Codex auch nur eine Andeutung einer solchen Collision oder eine gesetzliche Bestimmung darüber vor.

5) Ein Argument für die hier vertheidigte Ansicht könne aus L. 7. §. 1 C. de curat. fur. entnommen werden, wo Justinian die Quasipupillar-Substitution als eine Substitution in das dem Wahnsinnigen hinterlassene Vermögen charakterisire.

v. Vangerow, Pand. §. 456.
Francke, Notherbenrecht §. 36.
Unterholzner im civil. Archiv Bd. 2. S. 57.
v Löhr das. Bd. 5. S. 105. Bd. 9. S. 100.
Voet, Comm. ad P. 28. 6. Nro. 33.
Puchta in den Erlanger Jahrb. Bd. 5. S. 284.

Andere meinen, mit der allgemeinen Praxis, daß der Ascendent nicht nur für sich, sondern auch für den wahnsinnigen Descendenten das Testament machen, und nicht nur über sein eigenes, sondern auch über des Wahnsinnigen Vermögen giltig testiren könne. Die Widerlegung der Gründe der Gegner findet sich am ausführlichsten bei Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 41. S. 8 f. und Düffer, dissert. ad const. 9 C. de impub. subst. p. 27. Außerdem komme in Betracht, daß, falls die beschränkende neuere Auffassung der Gegner die richtige wäre, so würde in der Anordnung Justinian's in der That nichts weiter als ein Fideicommiß enthalten sein. Dieserhalb hätte es eines neuen Rechtsinstituts, als welches Justinian den Inhalt der L. 9 C. cit. unverkennbar einleite, nicht bedurft. Nur die Beschwerung der portio legitima mit einem Fideicommiß wäre einzig und allein das Besondere und Neue, was Justinian eingeführt habe. Dann habe aber die Bezugnahme der L. 9 cit. in §. 1 Inst. cit. gar nichts Gewichtiges. Ferner — wäre die neuere Ansicht die richtigere —, wozu hätte dann die Rücksicht auf die Intestaterben erster und zweiter Klasse des wahnsinnigen Kindes geboten scheinen können? Diese gingen doch als solche den Testator nichts an, der seiner Pflicht gegen Letzteres vollständig Genüge geleistet habe, also ihm auch fideicommissarisch substituiren könnte. Hierzu komme aber, daß, die gemeine Interpretation der L. 9 cit. möge die richtige sein oder nicht, die Praxis des gemeinen Rechts in Deutschland seit dem Mittelalter wirklich eine solche Quasipupillarsubstitution geschaffen habe, wie sie jener Ansicht gemäß von Justinian beabsichtigt gewesen sei. Daran, daß hierdurch, wäre selbst die hier vertheidigte Ansicht nicht die richtige, wirklich ein neuer Rechtssatz gebildet, und dieser als solcher zu befolgen sei, lasse sich schon um deswillen nicht zweifeln, weil die Interpretation der Stelle bis auf den heutigen Tag so ungemein bestritten sei. Bis zum Austrage eines solchen Streits werde aber ein constantes Product der Praxis von Jahrhunderten respectirt werden müssen, und möge man noch so fest von der theoretischen Richtigkeit seiner Ansicht überzeugt sein, so werde schon die Besonnenheit abmahnen, durch ein solches doch nur subjectives Moment sich bestimmen zu lassen, an einem Satz, unter Bezugnahme darauf, zu rütteln, weil ihm nur ein Gleiches zum Grunde liege.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 634.
Thon, gesammelte Rechtsfälle Bd. 1. S. 245.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 4. S. 482 Bd. 41. S. 8.
Fuhr u. Hoffmann, civil. Vers. S. 84.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 5. S. 337. Bd. 10. S. 217.
Mackeldey, Lehrb. §. 671.
Puchta, Lehrb. §. 472
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 461.
Sintenis, Civilrecht §. 176. Not. 1.
Thibaut, System §. 840.

II.

Streitig ist, ob die Mutter und andere Ascendenten, denen keine Gewalt über das Kind zusteht, das Recht zur Quasipupillar-Substitution haben, so lange das wahnsinnige Kind noch unmündig ist.

Einige verneinen die Frage, denn den unmündigen Kindern, mögen sie wahnsinnig sein oder nicht, könne der Vater ja pupillariter substituiren.

Voet ad P. 28. 6. §. 28.

Andere bejahen die Frage, denn das Gesetz spreche ganz allgemein, und da der Grund dieses Rechts die geistige Unfähigkeit des Kindes sei, so lasse sich nicht absehen, wie hier etwas auf den Unterschied zwischen mündigen und unmündigen Kindern ankommen solle. Ueberdies ständen ja nicht einmal alle unmündigen Kinder in väterlicher Gewalt. Nur soviel sei zuzugeben, daß die vom Vater für einen Pupillen als solchen angeordnete Substitution unter allen Umständen der von einem anderen Ascendenten verfügten Substitution vorgehe, wenn das Kind während der Unmündigkeit stirbt.

Vinnius ad §. 1 Inst. de pup. subst. Nro. 4.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 490
Schrader, Comm. ad Inst. de pup. subst.
Sintenis, Civilrecht §. 176. Not. 1.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 40
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 636.

Siehe substitutio vulgaris Conte. 3 das Präj. des OAG. zu Dresden vom 13. Nov. 1846.

III.

Streitig ist, ob einem furiosus im engeren Sinne, d. h. einem solchen, welcher nur periodisch an Geistesabwesenheit leidet, und seine lichten Zwischenräume zu haben pflegt (L. 12 pr. u. in f. 27, 1. L. 28 C. 1, 4. L. 25 C. 5, 4), quasipupillariter substituirt werden könne.

Einige verneinen dies; denn von einem solchen Wahnsinnigen heiße es: furiosum in suis induciis (i. e. diluciis intervallis) ultimum condere elogium (testamentum) posse, L. 9 C. qui test. fac. poss. 6, 22, mithin müsse consequenterweise angenommen werden, der Eintritt des dilucidum intervallum zerstöre ebensowohl, wie die Wiedergenesung beim bleibenden Wahnsinn, das früher errichtete väterliche Testament. Es sei aber auch entscheidend, daß Justinian in L. 9 C. de impub. et aliis subst. 6, 26 ausdrücklich nur von einem Descendenten spreche, welcher mente captus — perpetuo sei.

Höpfner, Institut. §. 511.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 632 u. 636.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 674.

Andere meinen, auch bei einem furiosus, mit lichten Zwischenräumen, sei diese Substitution nicht auszuschließen; auch sei in L. 43 pr. D. de vulg. subst. 28, 6 der furiosus ausdrücklich erwähnt; hiernach müsse eine solche Geisteskrankheit allgemein vorausgesetzt werden, welche den Kranken unfähig zum Testiren mache, so lange er daran leide.

Düffer, diss. ad const. 9 C. de impub. subst. p. 40.
Sintenis, Civilrecht §. 176. Not. 1.

Präjudiz 1.

... jedoch in der Disposition des Vaters §. 9 des Testaments: derjenige von den Miterben, welchen Conrad sich solchemnach auswählt und bei dem er, so lange er lebt, sich aufhält, soll nach seinem Tode in seine Stelle treten, und **seinen ganzen Erbtheil erhalten**: nicht sowohl eine Quasipupillar-Substitution, als vielmehr die Anordnung eines Universalfideicommisses, mittelst dessen der gesammte Erbtheil einem Dritten überwiesen wird, zu finden ist...
Bescheid des OG. zu Wolfenbüttel v. 26. Nov. 1835, in S. Bense c. Bense'schen Curator Kleß.

Vergl. außerdem exheredatio bona mente Präj. 2 zu Contr. 2.

IV.

Streitig ist, ob auch einem enterbten Kinde quasi pupillariter substituirt werden könne.

Einige verneinen dies, weil nach Nov. 115 der Pflichttheil durch Erbeinsetzung zugewandt werden müsse, und weil das Gesetz ausdrücklich vorschreibe, daß der substituirende Ascendent dem Wahnsinnigen wenigstens die portio legitima zuwenden müsse; und bei dem Gesetze müsse stehen geblieben werden.

Vinnius ad §. 1 Inst. de pup. subst.
Cocceji, jus contr. 28. 6. qu. 22.
Walch, controv. jur. p. 234.
Mackeldey, Lehrb. §. 671.
Hallesche Literaturzeitung 1836. Nr. 73
Sintenis, Civilrecht §. 176. Not. 1.
Düffer, diss. ad const. 9 C. de imp. subst. p. 35.

Andere bejahen die Frage; denn nach Nov. 115 sei nur bestimmt, es genüge die Pflichttheilszuwendung durch Vermächtnisse nicht, sondern es müsse eine Einsetzung vorausgehen, und deshalb sei es nicht nöthig, einem rechtmäßig Enterbten den Pflichttheil zu hinterlassen. Die Vorschrift, dem Wahnsinnigen jedenfalls den Pflichttheil zuzuwenden, sei daher als etwas Besonderes, für sich Bestehendes, ganz unabhängig von den Bestimmungen der Nov. 115 zu erklären, und es frage sich nur: ob und inwiefern überhaupt die Enterbung eines Wahnsinnigen möglich sei? Als exheredatio bona mente sei sie nun ganz unbedenklich; da indeß das Vorhandensein einer Enterbungsursache zu einer rechtmäßigen Ausschließung des Notherben genüge, wenn nicht vor errichtetem Testamente eine Versöhnung eingetreten, oder sonst der Enterbungsgrund ganz weggefallen sei, so dürfe, der rechtlichen Consequenz nach, dem Erblasser die Befugniß nicht abgesprochen werden, eine vor dem Wahnsinn verschuldete Enterbungsursache geltend zu machen.

Vinnius ad §. 1 Inst. de pup. subst. Nro. 7.

Stryk, de cautela test. cap. 18. membr. 3. §. 15.
Höpfner, Institut. §. 510 und die Not. 5 daselbst Genannten.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 2.
Donellus, Comm. ad lib. 28. tit. 6. Nro. 7.
Braun, Dictate zu §. 704. Nr. 5.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 634.

V.

Streitig ist, ob der quasi pupillariter Substituirende für sich selbst ein eigentliches Testament errichten müsse.

Einige verneinen dies; denn das Gesetz (L. 9 C. cit.) bestimme dies nicht. Das **Hinterlassen** der portio legitima weise darauf nicht nothwendig hin, und ebensowenig die Analogie der pupillaris substitutio; es müsse also, wie bei dem Soldaten (L. 2. §. 1 D. 28, 6) eine Substitution selbst alsdann gelten, wenn der parens sich selbst kein, oder kein gültiges Testament errichtet habe.

Löhr im civil. Archiv Bd. 5. S. 112.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 465.

Andere bejahen die Frage; denn daß diese Substitution eine Erweiterung der Pupillarsubstitution und nach der Analogie derselben eingeführt sei, darauf weise nicht nur der geschichtliche Zusammenhang hin, sondern es werde solche Analogie ausdrücklich in den Institutionen anerkannt. Auch daß in L. 9 C. cit. der Ausdruck substituere gebraucht werde (liceat — quos voluerint his substituere), beweise, daß der Gesetzgeber an eine in dem Testamente des Ascendenten enthaltene Verfügung gedacht habe. Auch der Umstand, daß nach L. 9 C. cit. dem substituirenden parens zur Pflicht gemacht sei, dem Kinde die legitima zu gewähren, sei mit der von den Gegnern vertheidigten Ansicht nicht zu vereinigen, indem hierbei doch in Gemäßheit der Nov. 115. c. 3 an ein Testament des parens gedacht werden müsse, nicht aber an die Möglichkeit, daß über den Pflichttheil auch allenfalls in Intestatcodicillen Verfügungen getroffen werden könnten.

Mühlenbruch in Glück's Pand Bd. 41. S. 3.
Höpfner, Institut. §. 510.
Braun, Dictate zu §. 704. Nr. 8.
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 636.
Sintenis, Civilrecht §. 176. Not. 1.
Düffer, diss. ad const. 9 C. de impub. subst. p. 34.

VI.

Wenn mehre Ascendenten dem Wahnsinnigen quasi pupillariter substituiren, so streitet man, welche dieser Substitutionen dann den Vorzug vor der anderen habe.

Die Vertreter der neueren Ansicht, daß der Substitut nur auf dasjenige Vermögen Anspruch machen könne, was von dem testirenden Ascendenten dem wahnsinnigen Kinde hinterlassen sei (cf. Contr. 1), entscheiden hiernach consequenterweise, daß bei ihnen diese Controverse eigentlich gar nicht eintreten könne.

v. Vangerow, Pand. §. 456.
Francke, Notherbenrecht §. 36.
Unterholzner im civil. Archiv Bd. 2. S. 57.
Löhr das. Bd. 5. S. 105. Bd. 9. S. 100.

Andere meinen, es gelte nur **eine** Substitution, und die anderen blieben ganz unberücksichtigt; es schließe

nämlich die Substitution dessen, der die väterliche Gewalt habe, alle übrigen aus; sonst aber gehe die des Vaters der mütterlichen, die Substitution der Mutter der großväterlichen vor, u. s. w. Denn da in den Quellen sich nichts finde, wonach die Collisionsfrage entschieden werden könne, so müsse man auf allgemeine Voraussetzungen und Analogien recurriren. Nun sei in ähnlicher Weise ja auch das Delationsverhältniß der gesetzlichen Tutel bei Concurrenz mehrer Ascendenten von Justinian bestimmt, Nov. 118. c. 5. arg. L. 1. §. 3. L. 3. §. 5 D. de liber. exhered. 43, 30. L. 2 u. 3 C. eod. 8, 8. Auch sei die Befugniß, dem Kinde einen Vermögensnachfolger zu ernennen, nicht bloß ein Recht, über sein Vermögen zu verfügen, sondern es beziehe sich zunächst auf die Persönlichkeit desselben, und in dieser Hinsicht sei, wenn mehre Ascendenten collidiren, nach obigem Verhältnisse zu bestimmen.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 6. c. 27. §. 13.
Vinnius ad §. 1 Inst. de pup. subst. Nro. 2
Schweppe, röm. P.=R. §. 813. S. 115. Not. 4
Wening=Ingenheim, Lehrbuch §. 465.

Andere meinen, daß allerdings nur eine Substitution ausschließlich gelten solle, allein die des zuletzt sterbenden Ascendenten; denn dem Substituenten sei zwar die Berücksichtigung der Descendenten und Geschwister des Kindes zur Pflicht gemacht, nicht aber die der Ascendenten, da doch die letzteren diesen im Pflichttheilsrechte nie vorgezogen würden, wohl aber umgekehrt.

Halmberger im civil. Archiv Bd. 12. Nr. 18.
Haimberger, Lehrbuch §. 345. Not. d.

Andere meinen, die verschiedenen Substitutionen beständen nebeneinander, wie wenn die Substituten nebeneinander eingesetzt wären. Diese Ansicht beruht auf dem Princip: werden die in verschiedenen Testamenten desselben Testirers eingesetzten Erben als Miterben zugelassen, so ist es consequent, daß ein Gleiches auch dann eintrete, wenn Mehre erlaubterweise über das nämliche Vermögen testamentarisch verfügen dürfen. Auf den Ursprung des Vermögens komme es hierbei nicht an.

Struvius, synt. jur. civ. exerc. 33. th. 35.
Mackeldey, Lehrbuch §. 671.
Seuffert, Lehrbuch §. 545.
Thibaut, System §. 840.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 5. S. 341.

Andere treten der vorstehenden Ansicht bei, lassen aber insofern eine Modification eintreten, daß nämlich jeder Substitut das Vermögen, welches von dem Substituenten selbst herrührt, bekomme, das übrige Vermögen des Blödsinnigen aber nach gleichen Theilen getheilt werde.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 39.
Voet, Comm. ad P. 28. 6. §. 33.
Schott, unpart. Kritik St. 62. S. 233.
Höpfner, Instit. §. 510. Not. 1.

Andere meinen, die Substitution der Erbeinsetzung des einen Ascendenten sei zunächst und unmittelbar nur wirksam für das von ihm an den Wahnsinnigen gekommene Vermögen, die des anderen für alles Uebrige,

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 676. Not. 5.

und was das eigene Vermögen des Kindes betreffe, so schließe die Befugniß desjenigen Ascendenten, welchem vor den anderen die Pflicht der Erziehung des Kindes obgelegen hätte, und der ihm somit persönlich näher stehe, die der Uebrigen aus.

Sintenis, Civilr. §. 176. S. 458. Abs. 3.
Puchta, Lehrb. §. 478 t.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 34.

VII.

Streitig ist, ob der Testator, wenn er dem wahnsinnigen Kinde, welches mehre Kinder hat, eines dieser Kinder substituirt, den anderen Kindern den Pflichttheil hinterlassen müsse.

Einige bejahen dies wegen L. 43 pr. D. de vulg. subst. 28, 6, und weil diese Ansicht den Anforderungen der Billigkeit entspreche, auch auf Gewohnheitsrecht gegründet sei.

Voet, Comm. ad P. 28. 6. Nro. 31.
Puchta, Lehrbuch §. 472.
Francke, Notherbenrecht §. 36.

Andere verneinen die Frage, weil die klaren Worte der L. 9 C. de imp. et aliis subst. 6, 26 das Gegentheil aussprechen: non licet parenti alios quam ex eo descendentes, unum, vel certos vel omnes substituere.

Zimmern im civil. Archiv Bd. 2. S. 289.
Walch, contr. jur. civ. p. 234. §. 42.
Stryk, usus mod. 28. 6. §. 11.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 44.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 487.
Fuhr u. Hoffmann, civil. Vers. Bd. 1. S. 81.
Thibaut, System §. 840.
Sintenis, Civilr. §. 176. Not. 1.
Düffer, diss. ad const. 9 C. de imp. et aliis subst. p. 37.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 633.

VIII.

Wenn der nach Errichtung des Testaments genesene mente captus später einen Rückfall erleidet, so streitet man, ob die früher angeordnete, durch die Genesung erloschene Substitution, durch den Rückfall wieder in Kraft trete.

Einige meinen, durch den Eintritt eines Rückfalls werde die erloschene Substitution wieder hergestellt, und bleibe nur in dem Falle wirkungslos, wenn der furiosus entweder während des Zustandes geistiger Gesundheit ein Testament errichtet habe, oder in diesem Zustande mit Tode abgehe, oder wenigstens bei des Testirers Tode frei von Wahnsinn gewesen sein sollte. Letzteres gründe sich auf die Analogie der Pupillarsubstitution, indem auch diese aufhöre, wenn das Kind zur Zeit des Todes seines Vaters nicht mehr unmündig sei.

Donellus, Comm. lib. 6. c. 27. §. 17.
Westphal, von Testamenten §. 724.

Andere meinen, die Ansicht der Gegner widerstreite dem allgemeinen Ausdrucke des Gesetzes, L. 9 cit. (si postea resipuerit mente captus, talia substitutio cessat), sowie der Rechtsregel, daß ein einmal zerstörtes Testament von selbst nicht wieder hergestellt werde. Die Analogie der Pupillarsubstitution passe nicht, da ein mündig gewordener Mensch nicht wieder unmündig werden, der Zustand geistiger Gesundheit aber einem Wechsel unterworfen sein könne.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 636.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 38.
Sintenis, Civilr. §. 176. Not. 1. Nr. 6.

IX.

Streitig ist, ob die Quasipupillarsubstitution auch bei Taubstummen und gerichtlich erklärten Verschwendern u. dergl. zulässig sei.

Einige bejahen diese Frage; denn diese Fälle seien dem Falle des Wahnsinns nahe verwandt, auch dürften z. B. Verschwender ja gar nicht testiren. Die ratio legis passe nun aber auf solche analoge Fälle.

Voet, Comm. ad P. 28. 6. Nro. 6.
Stryk, caut. test. cap. 1. membr. 3. §. 13 u. 14.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 44.
Höpfner, Institut. §. 511.
Westphal, von Testamenten S. 560.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1319. Nro. 4.

Andere verneinen die Frage, denn jus singulare — und hierzu gehöre das von Justinian eingeführte Substitutionsrecht — dürften logisch nicht ausgedehnt werden (L. 14 D. de leg. L. 141. L. 162 D. de reg. jur.).

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 40.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1 S. 634.
Sintenis, Civilrecht § 176. Not. 1 a. E.
Braun, Dictate S. 651.
Schweppe, röm. P.-R. § 813 a. E.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 466.
Thibaut, System §. 840.

Vergl. Legat dinglicher Rechte Contr. 1. Präj. 1.

X.

Streitig ist, ob die Mutter für unehelich geborene Kinder quasi pupillariter substituiren dürfe.

Einige verneinen dies, gestützt auf L. 10. §. 6 D. de vulg. subst. 28, 6. L. 6 D. de his qui sui vel al. jur. Nov. 74 c. fin. Nov. 89 c. fin.

Voet, Comm. ad P. 28. 6. §. 28.

Andere bejahen die Frage; denn da auch das uneheliche Kind von der Mutter den Pflichttheil zu fordern berechtigt sei, so könne der Consequenz nach auch das Successionsrecht der Mutter nicht abgesprochen werden, und wenn auch das Kind in der Unmündigkeit sterbe, so folge daraus, daß sie ihm nicht pupillariter substituiren könne, keineswegs, daß sie ihm nicht auch quasi pupill. substituiren dürfe.

Holzschuher, Th. 2. A. 1. S. 636.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 6. §. 40.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 489.

Substitutio reciproca, s. substitutio vulgaris c. 4.
— — **tacita**, s. substitutio vulgaris c. 3.

Substitutio vulgaris.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 248 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 3. §. 451.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 654 f.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 174.
Holzschuher, Theorie u. Casuistik Th. 2. Abth. 1. S. 616 f.

I.

Streitig ist, ob die Vulgarsubstitution, wenn sie auf den Fall angeordnet war, daß der institutus die Erbschaft nicht erwirbt, weil er nicht will (sog. casus voluntatis), auch den Fall, wo er ohne seinen Willen nicht Erbe wird (sog. casus impotentiae), z. B. weil er vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt, und umgekehrt, umfasse.

Einige bejahen dies; denn immer sei sowohl das Nichtkönnen als das Nichtwollen nach den Gesetzen als inbegriffen zu denken, auch wenn nur das Eine ausgedrückt, oder wenn es zweifelhaft gelassen sein sollte, ob das Eine oder das Andere gemeint sei. Dies werde durch Entscheidungen in verwandten Fällen bestätigt, z. B. L. 22 pr. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 29. §. 5 D. de lib. et post. 28, 2.

Höpfner, Institut. §. 500.
Walch, introd. in controv. jur. pag. 217.
Stryk, de cautela test. cap. 18 §. 9.
Cocceji, jus controv. lib. 28. tit. 6. qu. 8.
Thibaut, System §. 834.
v. Hartitzsch, Entscheid. Nr. 401.
Sintenis, Civilrecht §. 174. Not. 7.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1447.

Andere halten diese Annahme für bedenklich. Denn bei der Interpretation von Gesetzen und anderen Erklärungen müsse davon ausgegangen werden, daß der Redende nicht ohne Grund sich der von ihm gewählten Worte bedient habe, und nur wenn die anderweite Absicht klar vorliege, solle von dem Wortverstande abgewichen werden. Wenn nun der Testator den einen Fall buchstäblich ausdrücke, z. B. wenn A mein Erbe nicht werden wollte, so sei doch die andere Möglichkeit des Nichtwerdenkönnens dem Erblasser so nahe, daß man kaum annehmen könne, er habe an diese nur nicht gedacht. Es sei deshalb die vermuthete Absicht des Testators jedesmal zu erforschen. Liege für den einen oder anderen Fall eine positive und besondere Wahrscheinlichkeit vor, wie es z. B. in den angegebenen Beispielen der L. 22 u. L. 29 cit. der Fall sei, so müsse für solche Wahrscheinlichkeit die Absicht des Testators angenommen werden, im umgekehrten Falle treffe das Gegentheil zu.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 656.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 463.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 301. und die in Höpfner, Institut. §. 500. Not. 2 aufgeführten älteren Rechtslehrer.

II.

Streitig ist, ob jede Substitution eine bedingte Erbeseinsetzung enthalte.

Einige bejahen dies unter Berufung auf Ausdrücke in den Quellen, z. B. L. 1. §. 13. L. 11. §. 5 D. ad leg. Falc. 35, 2. L. 41. §. 6 D. de vulg. et pupill. subst. 28, 6. Die Erbeinsetzung sei nämlich dadurch bedingt, daß ein anderer zuvor Eingesetzter nicht Erbe werde, an dessen Stelle sodann der nach ihm Ernannte zur Erbschaft berufen sein solle.

Sintenis, Civilrecht §. 174. Not. 7.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 656.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 259. und die Not. 1 daselbst angeführten älteren Rechtslehrer.

Andere verneinen die Frage.

Siehe die bei Mühlenbruch, l. c. Not. 1 Angef.

Präjudiz 1.

Der Ackermann Just H. Wasmus in Engelnstedt verordnete im §. 1 seines Testaments vom 30. Dec. 1813:

> Falls jedoch dieser sein Sohn (der designirte Anerbe) vor der Uebergabe der Grundstücke oder unverheirathet oder ohne Erben versterben sollte: so solle ihm auf diesen Fall sein zweiter Bruder Heinrich, und falls derselbe gleichfalls vor der Uebergabe oder unverheirathet, oder ohne Erben verstürbe, dessen jüngster Bruder Christoph demselben hiermit substituirt sein, dergestalt, daß in einem jener Fälle einer der genannten Miterben den Hof sammt Zubehör annehmen, und dadurch dessen öffentlicher Verkauf verhütet werden solle.

Das herzogliche LG. zu Wolfenbüttel nahm in dem Erkenntnisse vom 9. September 1831 an, hierin liege kein Prälegat, sondern nur eine der Untheilbarkeit der Bauerngüter entsprechende Vorschrift über die Civiltheilung des zum Nachlasse gehörigen Hofes; folglich auch in der vom Erblasser geschehenen Unterscheidung mehrer Fälle, in welchen von künftigen ungewissen Thatsachen abhängig gemacht werde, welchem seiner Erben der Hof zu Theil werden, und wie dessen Besitz wechseln solle, weder eine vulgäre noch eine fideicommissarische Substitution, welche nach ihrem Rechtsbegriff in eine Erbportion oder wenigstens in ein Legat geschehe. L. un. §. 7 in f. C. de cad. toll. 6, 51. Vielmehr habe der Erblasser die Bestimmung, wer den Hof annehmen solle, mit Bedingungen verbunden, deren Eintritt einen Wechsel in der Annahme des Hofes unter seinen Erben zur Folge haben solle, und die nach

§. 11 Inst. de hered. inst. 2, 14.
L. 3 D. de condit. inst. 28, 7.

einem Testator zustehende Befugniß, seinen Dispositionen Bedingungen hinzuzufügen, lasse nicht bezweifeln, daß er bei der Erklärung:

> wer von seinen Erben ein Erbgrundstück erhalten solle,

Bedingungen machen könne, mit deren Eintritt dies Recht der Annahme des Grundstücks aufhören und auf einen anderen Erben übergehen solle.

Auf erfolgte Appellation reformirte das OAG. unterm 27. März 1832 aus folgenden Gründen:

In dem Testamente des Vaters der Parteien ist deren ältestem Bruder nach seiner Erbeinsetzung der Hof als sein Erbtheil mit Festsetzung der davon zu entrichtenden Leibzucht an seine Mutter, Abfindungen an seine Geschwister rc. angewiesen. Dabei sind jedoch einige Fälle bestimmt, in welchen demselben sein Bruder, der Appellat, und diesem sein dritter Bruder, der Appellant, substituirt sein solle, nämlich wörtlich:

> wenn er vor Annahme des Hofes oder unverheirathet oder ohne Erben sterben sollte.

Da nun derselbe zwar nach Annahme des Hofes, mehrjähriger Bewirthschaftung desselben, auch einstweiliger Berichtigung der Leibzucht wie der Abfindungen, aber unverheirathet und ohne Erben (Kinder) gestorben ist, den Hof inzwischen, wegen Kränklichkeit unvermögend die Bewirthschaftung fortzusetzen, an den Appellanten bei dessen Verheirathung mit Ausbedingung einer Leibzucht rc. abgetreten hat, so ist gegen diesen der Appellat auf Restitution desselben klagbar geworden.

Jene testamentarische Disposition ist nun nicht, wie herzogliches LG. angenommen hat, eine bloße bedingte, von des Testators Willkür ganz abhängige Erbtheilung, sondern dieselbe ist bei der ausdrücklichen Bestimmung: daß wenn gewisse Voraussetzungen einträten, „an die Stelle des ältesten Sohnes in dessen ganzen Erbtheil dessen folgender Bruder" rc. einrücken, ihm substituirt sein solle, — den Worten wie der Sache nach eine der Erbeinsetzung und Erbtheilung hinzugefügte wirkliche Substitution. Auf eine solche, und zwar auf eine fideicommissarische, hat auch der Appellat seine Klage ausdrücklich gegründet.

Es lassen jedoch alle hier vorhandenen Umstände nicht anders annehmen, als — wie auch schon vom Gerichte erster Instanz geschehen — daß der Testator nur für den Fall, wenn sein Sohn vor Annahme des Hofes, unverheirathet und ohne Erben (Kinder) sterben würde, den Appellaten zunächst, und diesem ebenso wieder den Appellanten, also nur vulgariter habe substituiren wollen, da

a) nur in diesem Falle, wo ohne die Substitution ein bestimmter Anerbe des Hofes fehlte, der Testator den öffentlichen Verkauf desselben, als eines den übrigen Geschwistern dann gemeinschaftlichen Gutes, zu befürchten hatte, die erklärte Absicht der Substitution also, den öffentlichen Verkauf des Hofes zu verhüten, durch die Annahme desselben von Seiten des Anerben erreicht wurde;

b) nur von der Annahme des Hofes von Seiten der Substituten, wenn ihr älterer Bruder vor denselben sterben sollte, nicht aber von einer Restitution desselben an die Substituten nach der von dem Hoferben geschehenen Annahme in der Disposition ausdrücklich die Rede ist;

c) die in §. 4 des Testaments den beiden jüngeren Brüdern des Hoferben, wenn sie den Hof nicht annähmen, bestimmten praecipua denselben schon bei ihrer Volljährigkeit, oder bei Anstellung einer eigenen Wirthschaft, vom Hofbesitzer, und nicht erst nach des Letzteren Ableben von dessen Erben, ausgezahlt werden sollten, hierdurch aber der Testator deutlich zu erkennen gegeben hat, daß sofort mit der Annahme des Hofes von Seiten des Anerben die Substitution erloschen, und eine Restitution desselben von einem der Substituten nach Ableben des zur Succession gelangten Anerben nicht statthaft sein solle;

d) eine solche Bedingung, wie der Appellat nach den Worten der Substitution sie behauptet, daß nämlich der Hof, wenngleich der Anerbe bereits zufolge des Testaments ihn erb- und eigenthümlich angenommen, seiner Ehefrau denselben zugeheirathet, deren Altentheil und Abfindungen, auch seinen Brüdern die ihnen ausgesetzten praecipua für ihr gänzliches Ausscheiden aus dem Hofe ausgezahlt, mehre Jahre denselben bewirthschaftet, und endlich, zu dessen längerer Bewirthschaftung unvermögend, ihn einem selbsterwählten Nachfolger mit Ausbedingung einer Leibzucht übergeben gehabt, doch noch immer der Restitution an die schon abgefundenen, und auch wegen der Nichtannahme entschädigten Brüder unterworfen geblieben sei, — den bäuerischen Rechtsgewohnheiten und auch der Billigkeit so völlig fremd ist, daß wider dieselbe alle rechtliche Vermuthung streitet.

Die zur Genüge sich ergebende vernünftige, und den Rechtsverhältnissen angemessene Absicht des Testators, besonders in Ansehung der Bedingungen seiner Disposition, ist aber entscheidender, als die davon abweichenden Worte es sind.

L. 19 pr. u. L. 101 pr. D. de condit. et demonst. 35, 1.
L. 83 D. de hered. inst. 28, 5.
L. 6 C. de inst. et subst. 6, 25.
L. 4 C. de verb. sign. 6, 38.

Stimmte indeß die Absicht des Testators mit den Worten seiner Disposition nach des Appellaten Auslegung völlig überein, so würde doch eine solche Bestimmung, durch welche nicht nur das Erbrecht des Erben, welcher in seinem Intestaterben fortexistirt,

L. 7. §. 2 D. de acquir. vel omitt. her. 29, 2.

resolvirt,

§. 9 Inst. de hered. inst. 2, 14.
L. 34 D. eod. 28, 5.
L. 55 de legat. I.
L. 15. §. 4 de test. mil. 29, 1.

der Notherbe nach seinem Tode enterbt,

L. 13. §. 2 D. de lib. et post. 28, 2

oder doch in seinem Pflichttheile und in den durch die Abfindung seiner Brüder eigenthümlich erworbenen Erbtheilen, also in seinem der Willkür des Testators nicht unterworfenen Vermögen beschwert, auch in seiner Disposition über den in solchem Maße sein alleiniges Eigenthum inzwischen gewordenen Hof und dessen Bewirthschaftung, zum offenbaren Nachtheil desselben, wider die der Hofwirthe Befugnisse bestimmenden bauerrechtlichen Grundsätze außerordentlich beschränkt worden wäre, umsomehr pro non adjecto zu halten sein,

L. 14 D. de condit. inst. 28, 7.
L. 32 C. de inoff. test. 3, 28.

als auch bei testamentarischen Dispositionen die Bauern eben sowenig zum Nachtheil ihrer Höfe willkürlich handeln können, als bei Verträgen.

Wenn endlich auch die Worte der Disposition eine fideicommissarische Substitution begründeten, und man bloß hierbei stehen bleiben müßte, so würde die hierauf gegründete Klage dennoch nach der Braunschweig. Verordnung v. 1. Dec. 1758 die Fideicommißgüter betreffend, deren fortwährende

Gültigkeit die Verordnung vom 12. Nov. 1827 außer Zweifel setzt, unzuläßig sein, weil der Appellat die danach ihm sodann obgelegene gerichtliche Profession des Fideicommisses zur Eintragung in das dazu bestimmte Buch, und Bekanntmachung durch die braunschweigischen Anzeigen, nicht behaupten mögen.

Erkannt den 27. März 1832, in S. Wasmus c. Wasmus.

III.

Streitig ist, ob es eine sog. substitutio vulgaris tacita gebe, d. h. ob darin, daß der Erblasser Jemanden zum Pupillarsubstituten berufen hat, auch liege, daß er denselben zum Vulgarsubstituten ernennen wolle.

Einige erklären sich für die Annahme einer solchen substitutio vulgaris tacita, unter Berufung auf L. 4 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6, wo gleich im Anfange der allgemeine Satz hingestellt werde: wer einem unmündigen Kinde für einen Fall substituirt, von dem wird angenommen, er habe auch für den anderen Fall substituirt. Auch beruft man sich auf Gajus II, 179 u. 180 und L. 28 D. de reb. auct jud. poss. 42, 5. Endlich liege es in der Natur der Sache, daß die Vermuthung für die wesentlich dem Substituten vor jedem Anderen zugewandte Neigung des Testators so stark sei, daß die Gesetze die Worte, insofern der Testator nur die Pupillarsubstitution erwähne, nicht als absolut entscheidend gegen den Substituten anerkennten, sondern nur insofern nicht ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden könne.

v. Vangerow, Pand. §. 451. Not. 1.
Weiphal, von Testamenten §. 718.
Höpfner, Institut. §. 498. Not. 4.
Thibaut, System §. 837.
Mackeldey, Lehrb. §. 837.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 674.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 468.
Puchta, Pand. §. 471.
Valett, Pandektenrecht §. 979.
Schweppe, röm. P.-R. §. 812.

Andere verneinen die Frage. Denn theils enthalte die Substitution eine bedingte Erbeinsetzung; Erbeinsetzungen aber dürften nicht supplirt werden, und ebensowenig dürfe auch nach bloßen Präsumtionen dem Testirer kein Erbe gegeben werden, den er sich wirklich nicht ernannt habe. Sodann sprächen für die hier vertheidigte Ansicht mehre Gesetze: L. 28 D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5. L. 41. §. 7 D. de vulgari et pup. subst. 28, 6. L. 4. L. 8 C. end. 6, 26.

Faber, de err. pragm. dec. 32. err. 9 u. 10. dec. 33. err. 1—6.
Püttmann, probabil. jur. civ. lib. 2. cap. 14.
Wening-Ingenheim in Gießer Zeitschrift Bd. 3. Nr. 6 u. 7.

Siehe die Widerlegungen bei
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 266 f.

Präjudiz 1.

Die Bestimmung des römischen Rechts, wonach die Vulgarsubstitution die Pupillarsubstitution mit enthält, ist als eine auf den vermuthlichen Willen des Testirers sich gründende Auslegungsregel aufzufassen. Aus dieser Auffassung ist aber nicht zu folgern, daß zur Ausschließung der stillschweigenden Pupillarsubstitution ein bestimmter hierauf gerichteter Wille bewiesen werden müsse. Vielmehr handelt es sich hier nach richtiger Auslegung der in Betracht kommenden Gesetzstellen des römischen Rechts*) zunächst um Beurtheilung derjenigen Momente, aus welchen der allein entscheidende Wille des Testators zu entnehmen ist, so zwar, daß die im römischen Rechte anerkannte Vermuthung in solchen Fällen keine Anwendung findet, wo erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe die Annahme rechtfertigen, daß der Testator die Pupillarsubstitution nicht beabsichtigt habe. Hiernach ist die Fassung und der gesammte Inhalt des fraglichen Testaments, sowie das ganze actenkundige Sachverhältniß zur Entscheidung der Frage, ob der Testator die in seinem Testamente bezeichneten substituirten Erben auch für den Fall berufen habe, daß sein Kind ihn überleben und in der Unmündigkeit versterben würde — in Betracht zu ziehen.

In dem Rechtsfalle, aus dessen oberstrichterlicher Beurtheilung vorstehende Sätze entnommen sind, handelte es sich davon, ob die Mutter des in der Unmündigkeit verstorbenen Kindes von der Beerbung desselben durch die Vulgarsubstitution nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers ausgeschlossen werde. Diese Frage wurde nach Erwägung der obwaltenden Umstände verneint, und dabei schließlich bemerkt:

Hierzu kommt noch das besondere Gewicht, welches bei bereits vorliegenden sonstigen Anhaltspunkten dem in der Natur der Verhältnisse an sich begründeten und in der

Const. 9 de instit. et substit. 6, 25.

eine gesetzliche Unterstützung findenden Wahrscheinlichkeitsgrund beizulegen ist, daß ein testirender Vater seine Ehegattin von der Beerbung des gemeinschaftlichen nach dem Testator in der Unmündigkeit verstorbenen Kindes nicht auszuschließen beabsichtige, zumal wenn es an der Darlegung einer gegen sie gerichteten feindlichen Absicht im Testamente gänzlich fehlt. . . . .

Erk. des OAG. zu Cassel vom 30. Juni 1855.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 270.

*) Fr. 4 pr. de vulg. et pup. substit. 28, 6; const. 4. 9 de impub. substit. 6, 26; fr. 4 §. 2 de hered. instit. 28, 5.

Präjudiz 2.

Die Erblasserin hatte ihren Sohn, unter Beschränkung der Tochter auf den Pflichttheil, zum Universalerben eingesetzt, und darauf verordnet:

„Sollte mein Sohn, als Universalerbe meines gesammten Vermögens, vor oder nach mir mit Tode abgehen, so will ich demselben im Betreffe des von mir ererbten Vermögens meiner Tochter Sohn Namens J. G. Gustav G. hiermit pupillariter substituiren."

Da der als Universalerbe ernannte Sohn schon zur Zeit der Testamentserrichtung die Jahre der Unmündigkeit längst überschritten hatte, auch die Mutter zu Pupillarsubstitutionen nicht befugt ist, so war es eine ausgemachte Sache, daß die angeführte Verfügung in der Eigenschaft als Pupillarsubstitution nicht zur Wirksamkeit gelangen könne. Der eingesetzte Erbe behauptete, diese Verfügung sei als sinnlos für nicht geschrieben zu achten; der Vormund des substituirten Enkels fand dagegen in der fraglichen Testamentsbestimmung, deren Ausdruck „pupillariter" auf einem bloßen Versehen beruhe, sowohl eine directe Vulgar- als auch eine indirecte fideicommissarische Substitution, welche erstere sich durch das bei Lebzeiten ihres Sohnes erfolgte Ableben der Erblasserin erledigt habe, wogegen die letztere fortbestehe; die Erblasserin scheine auch letztere mehr im Auge gehabt zu haben, da sie von ererbtem Vermögen spreche, und dieses nur nach erfolgtem Erbantritt von Seite des Sohnes als ererbt anzusehen sei. Nach gepflogener Verhandlung wurde in drei Instanzen die Ansicht des Vormunds als rechtsbegründet erkannt. Es wurde angenommen, daß der auf einem Mißverständnisse beruhende Gebrauch des Ausdrucks „pupillariter" die Unwirksamkeit der ihrem Sinne nach wohl verständlichen Willenserklärung keineswegs nach sich ziehe. Die Erblasserin habe für beide Fälle, ob der Sohn vor oder nach ihr mit Tod abgehe, und zwar ohne zwischen dessen Versterben vor oder nach dem Erwerbe der Erbschaft zu unterscheiden, die Substitution angeordnet. Darin sei der eventuell auf fideicommissarische Substitution gerichtete Wille ausgeprägt. „Daß diese (sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung) angewendet werden müsse, und es nicht bei einer bloßen substitutio vulgaris bewenden könne,

wenn es die Absicht gewesen, daß der Substitut auch das bereits ererbte Vermögen der Erblasserin erwerben solle, dies ist völlig klar und unbestreitbar."

Erk. des OAG. zu Dresden vom 13. Nov. 1846.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 345.

IV.

Streitig ist, ob zwischen der sog. substitutio reciproca, also wenn Miterben sich gegenseitig substituirt sind, und dem Accrescenzrechte wesentliche Verschiedenheiten bestehen.

Einige bejahen dies, und stellen als Verschiedenheiten auf:

a) bei dem Accrescenzrechte gelte die Regel: portio portioni accrescit, weshalb es nicht erforderlich sei, daß der Erbe selbst noch leben müsse, sondern es wachse auch den Erbeserben die wegfallende Portion zu; dagegen gelte bei der substitutio reciproca die Regel: coheredi substituto vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit, heredem ejus sequitur, also: in der Substitution liegt eine zweite Erbeseinsetzung, aus welcher das Recht nicht eher deferirt werde, bis der Vorhergehende weggefallen sei, daher der Substitut dieses Recht nicht auf seine Erben transmittiren könne, L. 9 D. de suis et legit. 38, 16. L. 23. L. 45. §. 1 de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 81 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.

b) Bei Berechnung der Falcidischen Quart trete die Regel ein, daß der Erbe, welcher eine Institutions- und eine Substitutionsportion erhalte, stets beide zusammenwerfen müsse, und dann von dem Ganzen sein Viertheil berechne, L. 1. §. 13 ad leg. Falcid. 35, 2, während bei dem Accrescenzrechte Unterscheidungen gemacht werden müßten.

v. Vangerow, Pand. §. 451. Not. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 618.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 318 f.

Andere meinen, es bestehe gar kein wesentlicher Unterschied; auch sei durch Aufhebung der leges caducariae diese Substitution überhaupt unnütz geworden.

Thomasius in nov. add. ad Ulr. Huberi praelect. jur. civ. T. 1. §. 2. p. 197.

Andere wollen wenigstens den ad a) hervorgehobenen Unterschied nicht statuiren. Die ausdrückliche Aeußerung Ulpian's in L. 81 de acquir. vel omitt. hered. sei aus dem Standpunkte des Papischen Gesetzes zu erklären, weil sie einem Commentar über diese lex entnommen sei. Nur nach dem Rechte der lex Papia Poppaea habe Ulpian sagen können, der vor dem Substitutionsfalle gestorbene Erbe könne nicht erwerben, indem derselbe als caduc nicht habe auf die Erben übertragen werden können, vergl. auch Gajus II. de test.

Mayer, Anwachsungsrecht S. 46 f.
Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 6. S. 408.

Siehe die Widerlegung bei
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 325 f.

V.

Wenn ein Erbe des Erben da ist, welcher auf Transmission ein Recht hat, und dieses Recht geltend machen will, so streitet man, ob der Transmissar oder der Substitut vorgehe.

Einige meinen, daß der Substitut dem Erben des Erben vorzuziehen sei. Denn

1) wer einen Substituten ernenne, thue es in der Absicht, um ihn dem Erben des instituti vorzuziehen, denn sonst würde er diesen mit eingesetzt haben, wie dies auch bei den Römern, wenn sie den Substituten zurücksetzen wollten, geschehen sei, L. 85 de hered. inst.

2) Paulus sage in L. 72 de acquir. vel omitt. hered. ausdrücklich, daß der Substitut dem Erben des Erben vorgehen solle.

3) Justinian habe die Transmission nur deswegen eingeführt, um die Zahl der verfallenen Erbschaften zu verringern, tit. Cod. de caducis toll.; wenn aber eine Substitution angeordnet sei, so trete dieser Ausnahmsfall nicht ein.

Crell, diss. utrum heredi instituto intra annum delib. substitutus admittatur.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Bd. 2. Nr. 30.
Reuter, diss. de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrim. §. 8.
Faber, error. pragm. dec. 34. err. 4—8.

Andere meinen, in keinem Falle könne die Substitution wirksam werden, so lange noch aus dem Rechte der Institution, also auch im Transmissionsfalle, die Erwerbung der Erbschaft möglich sei, L. 69 D. de acquir. vel omitt. hered. Soviel nun die transmissio ex jure suitatis betreffe, so sei dem suus die Erbschaft bereits wirklich erworben, dieser transmittire sie also natürlich auf seine Erben, L. 3 C. de jure delib. In den übrigen Fällen könne die allgemeine Vermuthung der wahrscheinlichen Absicht des Testators gegen das, was der rechtlichen Consequenz und den Gesetzen gemäß sei, nicht in Betracht kommen. Eine rechtliche Consequenz liege nun aber vor, denn ein transmittirtes Recht sei eben das Recht des Erben; so lange das Recht des Erben aber noch bestehe, cessire die Substitution, L. 40 D. de hered. inst. Sodann aber erkenne Justinian in L. un. §. 13 C. de cad. toll. den Vorzug des Transmissars bestimmt an. Vergl. L. 19 C. 6, 30. L. un. C. 6, 52. L. un. C. 6, 51.

Cocceji, jus controv. 28. 6. qu. 6.
Stryk, de cautela test. c. 18. membr. 1. Nro. 21
Walch, contr. jur. pag. 216.
Thibaut, Versuche Bd. 1. S. 246.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 1. S. 194.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 334 f.
Zimmern im civil. Archiv Bd. 9. S. 357.
v. Berg, jurist. Beob. u. Rechtsf. Bd. 2. Nr. 13.
v. Buchholz in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 442
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 877.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 272 u. 574.
Mackeldey, Institut. §. 49 a. E.
Sintenis, Civilrecht §. 174. Not. 25.

Präjudiz 1.

Ebensowenig begründet ist die Behauptung der Klägerin, daß die Erben des Instituten dem Substituten stets vorgingen. Die dabei bezogenen Schriftsteller lehren dies nicht, sie sprechen von dem Falle, wo der Erbe vor dem Antritte der ihm schon angefallenen Erbschaft stirbt und dies Recht zum Antritte auf seine Erben transmittirt. Allerdings geht bei einem dem Legatar bereits angefallenen Vermächtnisse — nach eingetretenem dies cedens — in Folge der Transmission der Erbe

des Legatar dem Substituten vor, weil sich die Substitution, wie das Anwachsungsrecht, auf den Fall, wenn der Legatar ausfällt (das Legat nicht erwerben kann oder will), beschränkt, daher wegfällt, wenn der dies cedens eingetreten ist, und der Legatar das ihm Beschiedene erworben hat, es auch nicht zurückweist. Daß dem auf das Anwachsungsrecht sich berufenden Miterben oder Collegatar der Substitut vorgeht, läßt sich nach

L. 2. §. 8 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11.
Auth. „Hoc amplius" Cod. de fideicomm. 6, 42.
L. un. §. 7 Cod. de cad. toll. 6, 51.

nicht bestreiten.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Dec. 1852, in S. Hofmannin c. Seemannin u. Consf.
Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 12. H. 4. Nr. 16. S. 352.

VI.

Nach dem neuesten Rechte erwirbt das Hauskind auch Erbschaften sich selber; doch kann der Vater statt seiner erwerben, wenn jenes sie nicht haben will (L. 8 pr. §. 1 u. 2 C. de bon. quae liber. 6, 61), so daß der Satz: filius familias, repudiando sine patre, non nocet patri, auch für das praktische Recht Bedeutung hat. Wenn nun aber dem zum Erben eingesetzten Hauskinde ein Substitut ernannt ist, und der Sohn die Erbschaft ausschlägt, so streitet man, ob der Substitut dem Vater vorgehe oder nicht.

Einige wollen dem Vater den Vorzug einräumen, gestützt gerade auf L. 8 cit., in Verbindung mit §. 4 Inst. de vulg. subst. 2, 15. L. 18. §. 1 C. de jure delib. 6, 30.

Wernher, lect. comm. ad tit. 28. 6. §. 9.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 463. Not. n.
Schweppe, röm. P.-R. §. 811. S. 105. Not. 6.

Andere meinen, überwiegende Gründe sprächen für die entgegengesetzte Ansicht. Denn daß auch noch, nachdem das directe Erwerbsrecht des Vaters durch das Hauskind aufgehoben worden, der Vater für sich habe erwerben können, sei offenbar ein singuläres Recht, mithin strict zu interpretiren, am wenigsten aber gegen die wahrscheinliche Willensmeinung des Testirers anzuwenden. Wenn nun einem Hauskinde auf den Fall, daß es nicht Erbe werden könnte oder wollte, substituirt werde, so sei doch als wahrscheinlich anzunehmen, der Testirer wolle den Substituten dem Vater vorziehen, oder die Substitution eintreten lassen, wenn der Sohn die Erbschaft sich nicht selbst erwerbe.

Donellus, comm. jur. civ. lib. 6. cap. 24. §. 25—27.
Vinnius ad §. 4 Inst. de vulg. subst. Not. 1.
Struve, synt. jur. civ. exerc. 33. §. 14.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 358.
Sintenis, Civilrecht §. 174. Not. 25 u. §. 141. Not. 22.

VII.

Streitig ist, ob der Substitut auch dann einzutreten berechtigt ist, wenn der Instituirte sich zwar zur Erbschaftsantretung erklärt, sich aber dagegen hat restituiren lassen.

Einige verneinen dies; denn in L. 7. §. 10 D. de minor. 4, 4 werde ausgesprochen, daß der Substitut lediglich in dem Falle an die Stelle des Erben trete, wenn sich derselbe gegen den Erwerb habe restituiren lassen, weil die Erbschaft insolvent sei; ferner sei in L. 2 D. de success. edict. 38, 9 bestimmt, daß, wenn ein Intestaterbe die bonorum possessio agnoscirt habe, sich aber als minor dagegen habe restituiren lassen, das edictum successorium nicht Statt habe, d. h. nicht der folgende Intestaterbe eintrete, sondern die Erbschaft an den Fiscus falle; endlich sei auch in der L. 5 C. de impub. et aliis subst. 6, 26 ausgesprochen, daß der Substitut durch den Antritt der Erbschaft von Seiten des Vorerben ausgeschlossen werden solle.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. c. 14. p. 88.
Faber, conject. lib. 3. c. 4. p. m. 54.
Huber, praelect. 28. 6. §. 6.

Andere meinen, wenn auch bestimmte Gesetze die Bejahung der Frage nicht aussprächen (vergl. jedoch L. 2. §. 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. L. 44 D. de re jud. 42. 1. L. 61 D. de acquir. hered.), so entscheide doch der Rechtssatz, daß durch die Restitution der vorige Zustand der Dinge, soweit es nöthig und möglich sei, wieder hergestellt werde, L. 24. §. 4 D. de minor. Wenn nun Alles in den vorigen Stand zurückkomme und jeder sein erstes Recht wieder erhalten solle, so müsse es doch so angesehen werden, als wäre die Erbschaft noch gar nicht angetreten worden. (Siehe die Widerlegungen der Ansicht derjenigen, welche diese Streitfrage verneinen, bei Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 361.)

Gebr. Overbeck, Med. Bd. 1. Nr. 32.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 361.
Schweppe, röm. P.-R. §. 811.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 622.
Sintenis, Civilr. §. 174. Not. 23.

VIII.

Streitig ist, ob der Substitut auch zu den Prälegaten des Instituirten als berufen zu betrachten ist.

Die Meisten verneinen die Frage allgemein, unter Berufung auf L. 32 D. de legat. III.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 833.
Schweppe, röm. P.-R. §. 918. S. 353. Not. 7.

Andere verneinen zwar die Frage, machen aber die Beschränkung, daß der Substitut dann zu dem Prälegate berufen sei, wenn der Wille des Testators als dahin errichtet erscheint, daß Erbtheil und Prälegat als durchaus zusammengehörig betrachtet werden solle; oder wenn der Testator sonst das Prälegat ausdrücklich zugewendet habe.

Sintenis, Civilr. §. 174. Not. 9.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 10. S. 661.

Siehe übrigens

v. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 316. Not. 62.

Substitutio vulgaris, Abzug der quarta Falcidia dabei, s. quarta Falcidia c. 3 u. 4.

— — ob sie bestehen bleibe, wenn der suus heres abstinirt, s. beneficium abstinendi c. 3.

Substitution, deren Verhältniß zur Transmission, s. substitutio vulgaris c. 5.

Substitutionsbefugniß der Testamentsvollstrecker, s. Testamentsexecutor c. 9.

Substitutus substituto, substitutus instituto, s. substitutio vulgaris c. 2.

Successio graduum in querelam inoff. test.
Literatur s. Notherbenrecht.

I.

Wenn der Vater seinen Sohn enterbt, den von diesem gezeugten Enkel aber präterirt hat, der enterbte Sohn aber den Vater überlebt und die Querel nicht anstellen kann oder will, so streitet man, ob der von dem Großvater präterirte Enkel eintreten und die Querel anstellen könne.

Einige verneinen dies (sofern keine Transmission der Querel eintritt). Man begründet diese Ansicht darauf, daß der Enkel, wenn dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat, nach L. 9. §. 2 D. de lib. et post. u. L. 6 pr. de injusto, rupto et irr. test. als nicht vorhanden anzusehen sei, also auch ihm kein Recht zur Querel zustehen könne. Auch der Prätor habe für diesen Fall dem Enkel keine bonor. poss. gegeben, L. 4. §. 1 D. de bon. poss. c. tab., und endlich versage Justinian in L. 34 C. de inoff. test. dem Enkel die Querel, wenn sein Vater durch Enterbung oder Entsagung davon ausgeschlossen werde.

Voet, Comm. ad P. 5. 2. §. 6.
Faber, de error. pragm. dec. 29. err. 5.
van de Poll, de exhered. et praeter. c. 79 u. 80.
Lauterbach, coll. th. pr. Pand. 5. 2. §. 23.
Cocceji, jur. civ. contr. 5. 2 qu. 17.
Westphal, von Testamenten §. 1022.
Hofacker, princip. jur. civ. §. 1697. not. 6.
Koch, bon. possessio §. 27. S. 290.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 381.

Andere meinen, nach allgemeinen Gründen müsse man dem Enkel in dem gedachten Falle die Querel gestatten, und eine successio graduum, so weit sie bei der reinen Intestaterbfolge eintritt, auch bei der successio in querelam annehmen; denn das Prinzip bestehe, daß der entferntere Pflichttheilsberechtigte überall dann bei dem Wegfalle des früheren nachrücke, wenn er in concreto der nächste Intestaterbe sein sollte. In der L. 9 u. L. 6 cit. sei von dem Pflichttheilsrecht und der Querel mit keinem Worte die Rede, sondern nur gesagt, daß der Enkel, dessen Vater noch lebt, beim Tode des Großvaters, von letzterm nicht eingesetzt oder exheredirt zu werden brauche. Schwierigkeiten mache allerdings die L. 34 cit., denn der Kaiser sage dort, er sei zu der hier eingeführten Transmission der Querel dadurch bewogen, weil sonst die Enkel ganz hilflos dastånden. Hieraus folgere man, daß keine successio graduum gelten könne, weil sonst dem Enkel durch diese schon hinlänglich geholfen wäre. Nun könne man zwar dagegen erinnern, daß es zur Zeit dieses Gesetzes in der Klasse unde liberi noch keine successio graduum gegeben habe, daß dies aber später geändert sei, und man also seitdem, wie in der Intestatsuccession, so auch bei der successio in querelam eine successio graduum annehmen müsse. Ohne diese Voraussetzung, daß es in der Klasse unde liberi keine successio graduum gegeben habe, bleibe allerdings nur der mißliche Ausweg übrig, entweder bei der L. 34 cit. an einen Fall zu denken, in welchem die successio graduum darum ausgeschlossen sei, weil nicht alle zur Querel Gerufenen hinweggefallen, — oder, daß man für Descendenten eine, freilich fast unerklärliche Abweichung der successio in querelam von den Grundsätzen der Intestaterbfolge annahm.

Francke, Notherbenrecht S. 283.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 475.
Donellus, Comm. de jure civ. lib. 19. c. 7. §. 6.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 494.
die bei Glück Pand. Bd. 7. S. 380. Not. 72. Alleg.
Heimberger, jus Rom. P. III. §. 385. not. c.
Mackeldey, Lehrb. §. 662.
v. Vangerow, Pand. §. 480. Not. 2.

II.

Streitig ist der Fall: Ein Sohn hat seinen Vater enterbt oder präterirt, der Vater will oder kann die Querel nicht anstellen; kann nun der Großvater in die Querel einrücken?

Auch in diesem Falle werden die in der vorigen Controverse angegebenen Ansichten von den dort für und wider Allegirten vertheidigt.

Andere unterscheiden, ob der entferntere Ascendent durch den näheren, welcher die Querel nicht anstellen wollte, mit dem Verstorbenen verbunden ist oder nicht, im ersteren Falle finde keine Succession in die Querel statt, im zweiten Falle müsse aber eine Succession angenommen werden, weil die entfernteren Ascendenten gleichsam eine eigene Klasse bilden, da sie nie mit den näheren zusammentreffen.

Schrader, diss. de nexu successionis ab intestato et querela inoff. test. §. 93.

Siehe hiergegen

Glück, Pand. Bd. 7. S. 389.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 480. Not. 15.

III.

Wenn nun nachstehende Erben die Querel kraft der Succession angestellt und obgesiegt haben, so streitet man, ob der rechtmäßig Enterbte die Erbschaft dem Kläger wieder abnehmen könne.

Einige bejahen dies, denn es trete ja nunmehr Intestatsuccession ein.

Reuter, diss. de effectu quer. inoff. test. intuitu non querentis §. 48.

Andere meinen, wenn nachstehende Erben kraft der successio rechtmäßig die Querel erhoben haben, so behielten sie die ihnen zugesprochene Erbschaft in jedem Falle.

Francke, Notherbenrecht S. 301.

Successio ordinum et graduum.

Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 in den civilrechtl. Erört. Bd. 2. S. 81 f.

I.

Streitig ist, ob bei der Intestaterbfolge allgemein in jeder Klasse diejenigen Personen, welche durch, dem Grade nach, Nähere zur Zeit der Berufung ausgeschlossen sind, demungeachtet noch dann als berufen zu betrachten seien, wenn die nähere Person nicht Erbe wird.

Die meisten älteren und neueren Rechtslehrer bejahen die Frage und stellen die allgemeine Regel auf, daß, wenn die zunächst Berufenen die Erbschaft nicht erwerben, allemal diejenigen berufen seien, welche gleich anfangs berufen sein würden, wären sie nicht durch die vor ihnen Berufenen ausgeschlossen worden. Der Ausschluß durch diese wäre also danach nur immer ein vorläufiger und bedingt durch den Erbschaftserwerb von Seiten der Ausschließenden*).

Glück, Intestaterbfolge §. 150—152.
Roßhirt, Einl. in das Erbrecht §. 27.
Mayer, Recht der Anwachsung S. 283.

Gegen diese gemeine Meinung nehmen Einige an, daß, wenn auch die successio graduum in der vierten Klasse schlechthin, in der zweiten Klasse aber in Bezug auf Ascendenten eintrete, doch rücksichtlich der Enkel und Geschwisterkinder ein Anderes Rechtens sei. Es sollen vielmehr in der ersten Klasse die entfernteren Descendenten, und in der zweiten und dritten Klasse die Geschwisterkinder, da ihr Erbrecht nicht durch den Grad, sondern nur durch den Umstand, daß ihr Parens nicht mehr lebt, bedingt sei, auch nicht durch die successio graduum, sondern nur vermöge des Transmissionsrechts nach zur Erbschaft gelangen können, falls ihnen nicht gleich Anfangs als nächsten Erben ihrer Klasse die Erbschaft deferirt worden sei. Demnach würden die Enkel oder die entfernteren Descendenten, und die Geschwisterkinder des Erblassers, deren Vater oder Mutter zur Erbschaft berufen wären, dieselbe aber nicht erworben hätten, selbst durch die ihnen sonst nachstehenden Personen der folgenden Klasse von der Erbschaft ausgeschlossen werden, wenn ihnen nicht etwa das Transmissionsrecht zu Hilfe kamme. — Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt: Nicht der Grad schließe hier den Entfernteren aus, sondern er sei vermöge des Ausschlusses durch den Näheren nicht berufen, also gar nicht berechtigt. Das nach Nov. 118 in den gedachten Klassen eingeführte sogenannte Repräsentationsrecht könne dagegen nicht angeführt werden. Dieses sei in Gemäßheit des veränderten Erbrechtsprincips an die Stelle des Erfordernisses, daß die Descendenten sui oder liberi sein müßten, getreten, und habe dieselbe ausschließende Bedeutung.

Puchta, Lehrb. §. 458.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 319.

Andere meinen, die Ansicht von Puchta beruhe wesentlich auf einer Folgerung aus dem Worte: successio graduum, welches in den Quellen vielleicht gar nicht, wenigstens aber nicht als technischer Ausdruck vorkomme. Ueberhaupt sei diese scharfe Scheidung zwischen successio graduum und ordinum von den Römern gar nicht hervorgehoben, sondern das edictum successorium habe sich mit dem allgemeinen Ausdrucke begnügt: wenn der zur bon. poss. Berufene dieselbe innerhalb der bestimmten Fristen nicht agnoscire, so falle sie dem Folgenden gebühren, so wie wenn der Erstere gar nicht dagewesen wäre. (L. 1. §. 10 D. de edict. succ. 38, 9.) Halte man nun an diesem gesetzlichen Ausdrucke fest, und argumentire nicht aus dem, der Schule angehörigen Worte successio graduum, so sei nicht einzusehen, weshalb in den Fällen der successio in stirpes der Entferntere nach dem Wegfall seines ihn vorher ausschließenden Parens nicht eben so nachrücken könne, wie dies in den Fällen der Succession nach Gradesnähe vorkomme. Es müsse dies ganz eben so möglich sein, wie es entschieden möglich sei, daß, wenn die Descendenten weggefallen, die Ascendenten u. s. w. nachrückten, obwohl es auch in diesen Fällen nicht der Grad sei, welcher den Entfernteren ausschließe. Bedenke man nun nach, wie es dem Geiste der Nov. 118 so wenig entspreche, daß ein naher, an sich in einer späteren Klasse gerufener Verwandte durch einen entfernteren später Berufenen ausgeschlossen werde, z. B. ein Enkel durch einen ganz entfernten Vetter, so müsse man annehmen, daß das neueste Intestaterbrecht ganz durchgreifend eine successio anerkenne, ohne Unterschied, ob nach Stämmen oder nach Gradesnähe geerbt werde.

v. Vangerow, Pand. §. 420.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 694.

Andere sind im Resultate mit der Unrichtigkeit der Puchta'schen Ansicht einverstanden, fügen aber folgende neue Gründe hinzu: Die Puchta'schen Behauptungen enthielten in der That eine petitio principii. Gerade die Berechtigung, nämlich die eventuelle, stehe ja doch eben in Frage. Ueberschaue man den Gesammtinhalt der Nov. 118 pr. — cap. 3, so finde sich, daß Justinian bei Formirung der Klassen und Anordnung ihrer Rangfolge überall nur an den gewöhnlichen Fall denke, wenn der Erblasser Verwandte der früheren Klasse gar nicht hinterlassen habe. Es sei also die succ. graduum nirgends erwähnt. Für die Ansicht nun, daß auch dann, wenn die nach dieser Voraussetzung zuerst berufene Person nicht wirklich Erbe werde, also nicht bloß praemortuo patre vel matre, deren in derselben Klasse locirte Descendenten nunmehr berufen, mithin in ihr eventuell erbberechtigt seien, und nicht durch die der folgenden Klasse angehörigen Verwandten ausgeschlossen, resp., wie Puchta wolle, erst in der vierten Klasse unter den übrigen Verwandten mit berufen werden sollten, sprächen folgende Gründe:

1) Justinian berufe in der ersten Klasse ausdrücklich descendentes cujusque gradus, illi omnibus ascendentibus, quique a latere veniunt, praeponantur. Sie seien also nicht als die im prätorischen Edicte unde liberi gerufenen Descendenten hier berufen, sondern so, wie sie in der Klasse unde cognati, in welcher unbestritten successio graduum stattgefunden habe, gerufen wären, nur mit absolutem Vorzuge vor allen andern Cognaten, so wie mit dem Vorzuge des näheren Grades unter ihnen selbst, und mit Anwendung der success. in stirpes auf sie, wie diese in der Klasse unde liberi stattgefunden habe. (Vergl. Büchel in seinen Erörter. Bd. 2. S. 115.) Ohne Zweifel sei Justinian hierbei von der unbestreitbar richtigen Voraussetzung geleitet worden, daß dem Vater gleiche Liebe gegen alle seine

*) Hierbei bleibt die Frage, ob die successio graduum auch im Falle der Concurrenz mit andern ursprünglich Mitberufenen eintrete, oder Letzteren die Portion des Wegfallenden zuwachse (s. die folg. Controv.), außer Beachtung; es wird also nur vorausgesetzt, daß nur Einer an erster Stelle berufen, oder die mehreren Berufenen alle hinweggefallen seien. —

Nachkommen, und ihm mithin, wenn er intestatus verstorben, die Absicht beizumessen sei, sein Vermögen nach dem Prinzip der Gleichheit zu vererben. Dabei sei die Annahme natürlich, daß, ganz seiner Absicht entsprechend, auch seinen entferntern Descendenten der ihrem parens zunächst zufallende Erbtheil in irgend einer Weise dereinst wirklich zum Besten kommen werde. Sollten die Enkel auch in dem Falle ausgeschlossen sein, wenn die näheren Zwischenascendenten wirklich nicht Erben werden, so hötte man eine ausdrückliche Verneinung der successio graduum erwartet haben müssen. Wie wolle man es mit der Absicht des Gesetzgebers, eine neue Erbfolge mit absoluter Berücksichtigung des durch die Nähe der Blutsverwandtschaft bestehenden natürlichen Bandes und der Abstufung der natürlichen Liebe zu begründen, und die formalen widersprechenden Ueberbleibsel des älteren Rechts zu tilgen, vereinigen, daß nach Umständen sogar Stiefgeschwister dem leiblichen Enkel vorgezogen werden sollen? Puchta versetze solche in die vierte Klasse, aber in dieser würden ja nach cap. 3. §. 1 ausdrücklich nur omnes ceteri a latere conjuncti berufen.

2) Wenn schon das edict. successor. eine successio graduum der Cognaten eingeführt habe, und bezüglich der legitimi sogar schon zu Gajus Zeiten (III. §. 28) eine damit übereinstimmende Ansicht Fuß gefaßt hatte, so lasse sich, wenn auch aus dem früheren Rechte kein sicheres Zeugniß über die success. grad. vorhanden sein sollte, neben dem in der Nov. zur vollen Geltung gelangten Princip, die succ. grad. der Descendenten gar nicht mehr leugnen, ohne eine schreiende Inconsequenz und eine unerträgliche Unvollständigkeit zuzugeben.

3) In Nov. 118. c. 4 setze Justinian noch einmal zum Beschluß den leitenden Gesichtspunkt darin, daß alle in quacunque successione Berufene, also Ascendenten, Descendenten und Collateralen, secundum cognationis suae gradum gerufen sein sollten. Dies habe er nun zwar nicht absolut durchgeführt, sondern durch die Classification noch modificirt; eine nähere Prüfung ergebe jedoch, daß die Ausnahmen dieser Regel, also die Fälle, in denen ein entfernterer Grad in einer früheren Klasse zur Erbfolge gerufen würde, fast nur zu Gunsten des Ascendenten und Descendenten eintreten.

Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 163. Not. 15.

Andere wollen für Geschwisterkinder die successio graduum leugnen; sie rückten nur vermöge besonderen Privilegs an die Stelle ihrer Eltern, wenn diese zur Zeit der Delation an die fragliche Klasse schon todt wären, und gehörten eigentlich in die vierte Klasse.

Büchel, Erörterungen Bd. 2. S. 171.

Andere meinen, man könne den Ausdruck des cap. 3 praemortuorum nicht in dem Sinne wie Büchel nehmen; durch das Wort praemortuus sei nur der Gedanke ausgedrückt, daß von einem Erbrechte der Neffen keine Rede sein könne, so lange ihr Parens ihnen als erbberechtigt im Wege stehe. Dieses werde auch durch die Schlußworte des cap. 3 bewiesen, wo der Kaiser zur Darstellung der dritten Ordnung der Collateralsuccession mit den Worten übergehe: Si vero neque fratres, neque filias fratrum, sicut diximus, reliquerit defunctus, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, etc.

v. Vangerow, Pand. §. 416.
Sintenis, Civilr. §. 163. Not. 15 a. E.

Andere leugnen die successio graduum in der Klasse der Descendenten, wenigstens bei den suis heredibus.

Hunnius, var. resolutiones juris civ. lib. 3. tr. 1. qu. 3.
Stryk, success. ab intest. diss. 1 c. 2. §. 24—30

Hiergegen siehe

Büchel, Erört. Bd. 2. S. 116.
Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 292.

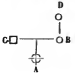
II.

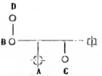
Streitig ist, ob das jus accrescendi die successio graduum ausschließe*).

*) Sintenis in §. 163. Not. 16 des Civilr. bemerkt über diese Controv. Folgendes: „Es ist zu bedauern, daß über obige Frage eine bestimmte gesetzliche Vorschrift fehlt. Sie hätte, gleich manchen andern erbrechtlichen Controversen, mit wenigen Worten so oder anders entschieden werden können, ohne daß dabei ein folgenreicher Einschnitt in den Gesammtorganismus des Erbrechts zu befürchten war. Anstatt dessen haben zahlreiche ausführliche Erörterungen die Vereinigung der Ansichten nur noch weiter hinausgerückt, und die gegenseitigen Vorwürfe von petitiones principii vermehrt. Nur der Gesetzgeber kann hier helfen."

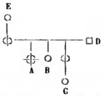
Die Frage ist jedoch höchst praktisch, wie aus folgenden Beispielen hervorgeht:



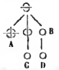




B schlägt aus oder stirbt, succedirt D oder accrescirt die Portion des B dem C?



B und D schlagen aus; erhält C die ganze Erbschaft vermöge des Accrescenzrechts, oder erbt E?



B schlägt aus oder stirbt; tritt D als Erbe ein oder accrescirt die Portion des B dem C?

Einige meinen, es müsse unterschieden werden, ob die Erbportion durch den Tod eines der im Anfange Berufenen vacant werde, oder durch Repudiation; im ersten Falle solle der durch ihn Ausgeschlossene kraft der graduum successio jetzt mit zur Erbfolge gelangen, im Falle der Repudiation dagegen solle das Accrescenzrecht eintreten. Diese Ansicht stützt sich auf Nov. 118 und Nov. 127, weil hier nur von nepotes ex praedefunctis filiis und von fratrum praemortuorum filiis die Rede sei, als von solchen Neffen, welche neben den Geschwistern des Erblassers zur Succession gelangen könnten.

Koch, success. ab intest. §. 12b und die Not. 3 daselbst aufgeführten älteren Rechtslehrer.

Andere entgegnen hiergegen, diese Novellen sprächen nur von der ersten Delation bei Eröffnung der Intestaterbfolge, und da müsse allerdings, wenn dem Enkel oder Neffen gleich Anfangs deferirt werden solle, der Sohn oder Bruder, von welchem er abstamme, schon gestorben sein:

Francke, Beiträge Abth. 1. S. 169.

auch sei das Successionsrecht entfernterer Descendenten oder Ascendenten oder Geschwisterkinder überhaupt nicht durch eine eigentliche Repräsentation des Näheren bedingt, sondern beruhe auf einem selbständigen Rechte.

Mühlenbruch, Lehrb. §. 632. Not. 6.

Andere ältere Rechtslehrer gestatten den Vorzug der Succession vor dem Accrescenzrechte zwar für die Geschwisterkinder und Descendenten, nicht aber für Ascendenten.

Stryk, success. ab intest. diss. III. c. 1. §. 15.
Leyser, med. sp. 423. m. 4.

III.

In neuerer Zeit ist man darüber so ziemlich einig, daß die successio graduum alsdann eintrete, wenn sämmtliche zuerst Berufene hinweggefallen sind; dagegen wird lebhaft gestritten, ob die successio graduum oder das Accrescenzrecht alsdann eintrete, wenn nur Einer von mehren zusammen Berufenen wegfällt.

Einige meinen, auch alsdann, wenn nur Einer von mehren zusammen Berufenen wegfällt, falle dessen Portion vermöge der successio graduum an diejenigen Nachberufenen, welche durch den Weggefallenen von der Theilnahme an der ersten Delation ausgeschlossen worden seien. Die Gründe sind im Wesentlichen (nach Francke, Beiträge S. 167 f.) folgende: Das Accrescenzrecht sei seiner Natur nach bloß subsidiarisch, und beruhe nur darauf, daß der Verstorbene nicht theilweise beerbt werden könne. Nun sei dasselbe allerdings bei bloß theilweisem Wegfalle der Berufenen stets nöthig gewesen, weil das Civilrecht gar keine, das prätorische Recht aber nur in der Klasse unde cognati eine successio graduum anerkannt habe; in dieser aber habe bei bloß theilweisem Wegfall der berufenen Erben von einer solchen successio doch keine Rede sein können, weil darin Gradesnähe entschieden habe, und also der folgende Grad stets durch die übriggebliebenen erstberufenen Erben ausgeschlossen worden sei. Alles dies sei jedoch von Grund aus durch die Nov. 118 abgeändert worden, indem danach allgemein eine succ. grad. angenommen werden müsse, und damit sei denn auch bei der rein subsidiären Natur des Anwachsungsrechtes von selbst ausgesprochen, daß dasselbe unzulässig sei, so lange irgend Jemand vorhanden sei, welcher vermöge der successio, und weil er ein gleiches Recht mit den übrigen noch Berufenen habe, die vacante Portion in Anspruch nehmen könne.

Hiernach sprächen die allgemeinen Grundsätze des Accrescirens selbst gegen dessen Zulässigkeit. Daß aber die römischen Juristen wirklich ebenso argumentirt hätten, werde bewiesen durch L. 2. §. 18 D. ad SC. Tertull. 38, 17.

Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex SC. una cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repudiet, matrem ex SC. propter patrem non venire, et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit necne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam. Consanguineae enim est, quae patrem excludit: repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata. Sed et in hoc moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex SC. succedere.

Durch diese Stelle sei die Erbschaft der Mutter und der soror consanguinea deferirt worden; schlage nun Letztere aus, so erfolge jetzt eine neue Delation, nämlich an den Vater, welcher vorher durch die Schwester ausgeschlossen gewesen sei, und die Erbschaft gelange an die Mutter, aber jetzt nicht wieder ex SC. Tertull., sondern ebenfalls in der Klasse unde cognati. — Diese Entscheidung sei nun mit der Ansicht, daß Accrescenz eintrete, gar nicht zu vereinigen, indem danach nothwendig nach dem Wegfall der Schwester die Mutter das Ganze hätte erhalten müssen, und eine neue Delation an den durch die consanguinea bisher ausgeschlossenen Vater unstatthaft gewesen wäre.

Francke, Beiträge S. 167 f.
Mayer, Anwachsungsrecht S. 284.
Witte, das preuß. Intestaterbrecht S. 45.
Derselbe im Rechtslexikon Bd. 1. S. 279.
Hunger, Erbrecht §. 130.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 439.
Valett, Lehrb. § 949.
Schweppe, röm. P.-R. §. 880.

Andere meinen, alsdann, wenn nur Einer von mehren zusammen Berufenen wegfällt, so komme dessen Portion stets an die anderweiten Delaten jure accrescendi. Denn der angebliche subsidiäre Charakter des Anwachsungsrechts sei unbegründet. Dasselbe habe vielmehr seinen wahren civilistischen Grund in dem Dogma, daß man durch Delation der Erbschaft einen Anspruch auf das Ganze erhalte, der nur durch den gleichen Anspruch der Mitberufenen beschränkt werde, und also bei dem Wegfallen desselben in volle Kraft trete. Denn behalte man nur den Charakter der Substitution als einer bedingten Institution im Auge, so verstehe es sich ganz von selbst, daß, wie bedingte Erbeinsetzungen anderer Art den Anspruch des

Mitberufenen wirksam beschränkten, dies auch bei derjenigen bedingten Erbeinsetzung der Fall sein müsse, welche in der Gestalt der Substitution vorkomme. Müsse man nun aber jenes Dogma, und zwar nicht etwa als ein subsidiäres, sondern als ein allgemein gültiges anerkennen, und dürfe man nicht leugnen, daß in der successio graduum eine eigentlich neue Delation enthalten sei, eine Delation, die von Anfang an noch gar nicht, auch noch nicht einmal eventuell vorhanden war: so könne man auch nicht verkennen, daß eine successio graduum im Falle bloß theilweisen Wegfalls der ersten Delation unstatthaft sei, indem für eine neue Delation kein Raum sein könne, da die frühere noch wirksame schon die ganze Erbschaft erschöpfe. — Soviel die L. 2. §. 18 ad SC. Tertull. betreffe, so falle die ganze Argumentation der Gegner zusammen, wenn man erwäge, daß in dem von Ulpian hier behandelten Falle der Mutter gar nicht eher deferirt werde, als bis die Schwester sich entschieden habe, wie dies nicht nur Ulpian selbst angebe, sondern wie sich auch von selbst verstehe, da ja nach dem SC. Tertull. der Mutter die Erbschaft des Kindes nur dann deferirt werde, wenn der Vater nicht erbe; dieses aber erst von der Entscheidung der consanguinea abhänge. Offenbar habe also auch in jenem Falle nicht von einem Accrescenzrechte der Mutter beim Wegfall der Schwester die Rede sein können, und damit verschwinde dann von selbst jede zu Gunsten der success. grad. aus dieser Stelle gezogene Folgerung. —

Gehe man dagegen von der Ansicht aus, daß es wenigstens im Justinianischen Rechte auch in dem ordo unde liberi eine Succession gegeben habe, so ergebe sich daraus auch ein wichtiges Argument für die Ansicht, daß das Accrescenzrecht in dem vorliegenden Falle der succ. grad. vorgehen müsse. Unter dieser Voraussetzung habe nämlich schon vor der Nov. 118 die Frage vorkommen können, und dennoch werde stets bei nur theilweisem Wegfalle blos das Anwachsungsrecht genannt, und die successio nur erst dann als eintretend angenommen, wenn alle zuerst Berufenen weggefallen seien. Dies geschehe in §. 9 Inst. de bonor. poss. 3, 9:

Liberis itaque et parentibus in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum diebus dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bon. possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nemo sit deinceps, ceteris bon. possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset.

v. Vangerow, Pand. §. 420.
Puchta, Pand. §. 453. Not. o.
Glück, Intestaterbf. §. 150 und die Not. 18 Angef.
Baumeister, das Anwachsungsrecht S. 39—47 und 41.
Büchel, Streitfragen S. 81—89.
Mühlenbruch, Lehrbuch § 632. Not. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 272 f.
Roßhirt, Erbrecht S. 409.
Thibaut, System §. 855.

Andere erinnern zu dieser letzten Stelle, daß in den Worten ejusdem gradus personis accrescit gar kein unmittelbarer Bezug auf das Anwachsungsrecht liege, sondern der Sinn der Stelle nur der sei: Wenn Einer aus einem ordo wegfalle, so kämen zunächst die Uebrigen aus diesem ordo an die Reihe (ob durch Anwachsung oder durch succ. graduum, sei hier unbestimmt gelassen); sei aber Niemand in diesem ordo mehr vorhanden, dann werde die possessio an den folgenden ordo deferirt.

Mayer, Recht der Anwachs. S. 290.

Andere meinen, wenn auch die Gründe von Francke als widerlegt angenommen werden könnten, so seien die Gründe der Gegner, also für das Accrescenzrecht, nur in dem selbstgeschaffenen Begriffe der „gesetzlichen Substitution“ enthalten, die aber sofort, um nicht durch die Consequenz zu einem völlig entgegengesetzten Resultate hingerissen zu werden, (nämlich daß gleichfalls, kraft derselben, die Entfernteren aus derselben Klasse an die Stelle des sie bei der ursprünglichen Benutzung ausschließenden, darauf aber wegfallenden Näheren treten, und neben diesem gleich Nahen zur Succession gelangen müßten) ebenso willkürlich in der Anwendung auf verschiedene Voraussetzungen in ihrer Wirksamkeit beschränkt werde. Fehle es aber diesem Begriffe an wahrem, innerem Gehalte, so könne auch eine darauf gebaute Argumentation zu keinem befriedigenden Resultate führen. Man sei also mit der ganzen Frage einzig auf Nov. 118 angewiesen. Gerade deren Tendenz und Geist müsse aber für die uneingeschränkte success. graduum bestimmen. Sei solche auch in der Nov. nicht erwähnt, so müsse doch zur vollständigen Erreichung der Absicht des Gesetzgebers (nämlich daß dem Erblasser gleiche Liebe gegen alle seine Nachkommen und mithin, wenn er intestatus verstorben, die Absicht beizumessen sei, sein Vermögen nach dem Prinzip seinen näheren Verwandten vor den Entferntern zuzuwenden) auch in der ersten, zweiten und dritten Klasse die success. grad. angenommen werden. Werde nun diese Absicht, namentlich die Begünstigung einer Gleichheit der Vertheilung des Nachlasses unter den in einer Klasse möglicher Weise zur Succession gelangenden Personen, mit andern Worten, das Prinzip auch einer eventuellen Delation an die Entfernteren, denen vorläufig im Grade Nähere vorgehen, nicht geleugnet, sondern darauf allein der Vorzug der succ. grad. in jenen Klassen vor der der ordinum gestützt, und weiche man also damit von dem Prinzip des älteren Rechtes ab, wonach die durch den berufenen Näheren einmal ausgeschlossenen Descendenten u. s. w. gar nicht als in der Klasse unde liberi berufen, d. h. erbberechtigt, erschienen (wie die succ. grad. überhaupt, soweit sie im älteren Rechte vorkomme, schon eine solche Abweichung enthalte), so sei es offenbar nur ein nothwendig gebotener Fortschritt auf dem einmal betretenen Wege, die succ. grad. auch dann eintreten zu lassen, wenn nur Einer der Näheren wegfalle, welcher Entferntere ausgeschlossen habe, die ohnedies mit den übrigen Näheren gleich berufen gewesen sein würden, und also für solche Fälle das Prinzip des jus accresc. auszuschließen.

Sintenis, Civilr. §. 163. Not. 16.

Succession des Fiscus*).

Majer, die Succession des Fiscus.
Glück, Intestaterbfolge §. 206.
Roßhirt, Einl. in das Erbrecht S. 218.
Blume im Rhein. Museum IV. S. 212.
v. Buchholtz, jur. Abhandl. Nr. 4. S. 106.
Elvers, prakt. Arbeiten Nr. 2. S. 42.
Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 146.
Schmidt, de success. fisci.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 89.
Recens. der zwei letzten Schriften in Richter's krit. Jahrb. I. S. 309 f.

I.

Streitig ist, wie dem Fiscus das Recht auf die bona vacantia gebühre.

Einige meinen, der Fiscus sei ein wirklicher Erbe, es trete also für denselben die Universalsuccession ein. Die Gründe für diese Ansicht sind folgende:

1) Entscheidend dafür sei der Grundsatz, daß der Fiscus in Betreff der bona vacantia eine hereditatis petitio habe. Nach L. 20. §. 7 de her. pet. 5, 3 solle nämlich das Senatsconsult über die hered. pet. auch dann Anwendung finden, si vacantia bona fisco vindicentur, woraus von selbst folge, daß diese vindicatio eben nichts, als die hereditatis vindicatio sein könne.

2) Für den Fall, daß der Fiscus die ihm zugefallenen bona vac. an einen Dritten veräußere, enthalten die Quellen die bestimmte Vorschrift, daß ein solcher Käufer ähnlich wie ein Universal-Fideicommissar eine utilis hered. petitio haben solle, per quam universa bona persequatur, L. 54 pr. de hered. pet. 5, 3; woran sich die weiteren Bestimmungen anschlössen, wonach die actiones hereditariae als utiles activ und passiv auf ihn übergingen, L. 13. §. 9 eod. L. 41 de jure fisci 49, 14. L. 1 C. de hered. vel act. vend. 4, 39. Daß also ein solcher Käufer wirklicher Universalsuccessor sei, sei unbestreitbar, und dadurch der Schluß gerechtfertigt, daß auch der Verkäufer, also der Fiscus Universalsuccessor sein müsse.

3) Der Fiscus sei verpflichtet, die vom Testator ausgesetzten Vermächtnisse auszuzahlen, L. 96. §. 1. L. 114. §. 2 de legat. I. L. 2. §. 1 de alim. et cibar. leg. 34, 1. L. 14 de jure fisci 49, 14. cfr. §. 1 fin. Inst. de eo, cui libert. causa 3, 10. L. 4. §. 17 de fideic. libert. 40, 5, und dabei sei er denn auch zum Abzug der Falcidischen und resp. Trebellianischen Quart berechtigt, L. 3. §. 5 fin. ad SC. Trebell. 36, 1, wie er auch auf der andern Seite den durch das SC. Pegasianum eingeführten Zwang zum Erbschaftsantritt sich gefallen lassen müsse, L. 6. §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1. Alle diese Sätze könnten ungezwungen nur durch die Annahme einer Universalsuccession des Fiscus erklärt werden.

*) Ist Niemand vorhanden, welchem ordentlicher oder außerordentlicher Weise die Intestaterbfolge in den Nachlaß eines Verstorbenen gebührt, so hat der Fiscus auf das erblose Gut Anspruch. Zur Feststellung der Gewißheit dieser Voraussetzung wird ein Edictalverfahren erforderlich, in welchem alle etwaigen Erbberechtigten oder sonstigen Prätendenten aufgefordert werden, sich binnen einer gewissen Frist zu melden.

4) Der Fiscus trete in alle Obligationsverhältnisse des Verstorbenen ein, also sowohl in Betreff der Forderungen, L. 13. §. 15. L. 14. L. 15. L. 16 pr. §. 3 de hered. pet. cfr. L. 1 C. de donat. int. vir. et uxor: 5, 16, als in Betreff der Schulden.

Stryk, de success. ab int. diss. 5. c. 1. §. 45 u. 46.
Koch, success. ab intest. §. 118 sq.
Böhmer, introd. in jus D. 38. 18. §. 24.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1661.
Madihn, princ. jur. Rom. §. 469.
Mackeldey, Lehrb. §. 630. Not. c.
Gans, das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung Bd. 2. S. 406.
v. Buchholtz, jurist. Abh. Nr. 4.
Fritz zu Wening-Ingenheim's Lehrb. Bd. 3. §. 40.
Puchta, Lehrb. §. 445.
Seuffert, Lehrb. §. 563.
Göschen, Vorles. §. 932.
Hunger, Erbr. S. 432.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 72.
Witte, preuß. Intestaterbr. §. 48.
v. Vangerow, Pand. §. 564.

Andere meinen, der Fiscus sei zwar kein wirklicher Erbe, er werde aber rechtlich als solcher behandelt, er sei heredis loco. Der Beweis, daß der Fiscus weder ein wirklicher heres noch ein bonorum possessor sei, liege schon in den Stellen, welche die ihm zugefallenen vacantia als einen Nachlaß bezeichnen, für welchen kein heres oder bonorum possessor vorhanden sei, oder welche erklären, daß er in Ermangelung solcher Personen succedire, L. 1 pr. L. 2 D. de success. ed. L. 1. §. 2 D. de jure fisci 49, 14. L. 1 u. 4 C. de bon. vacant. 10, 10. L. un. §. 13 C. de caduc. toll. Nov. 1. c. 1. §. 1. Dasselbe liege in dem Ausdrucke: „caducum", welcher einen Nachlaß bezeichne, der dem Fiscus verfallen sei, weil es aus irgend einem Grunde an einem civilen oder einem prätorischen Erben für denselben fehle. Auch enthielten die Quellen keine Andeutung davon, daß die Sitte oder die Gesetzgebung oder die Wissenschaft dem Fiscus je einen Platz unter den civilen oder prätorischen Erben angewiesen hätte. Der Grund davon liege darin, daß, weil der Erbe die Person des Erblassers für dessen Vermögen fortsetze, nach der Grundansicht des römischen Rechts nur eine physische, keine juristische Person Erbe werden könne. Bei der gesetzlichen Erbfolge habe man diese Ansicht nie aufgegeben, und daß in dem älteren Rechte den juristischen Personen auch die testamenti factio gefehlt habe, sei bekannt. Da nun der Fiscus als successor in die vacantia, wenn er als Erbe aufgefaßt werden sollte, nur als gesetzlicher Erbe hätte gedacht werden können, eine juristische Person aber kein gesetzlicher Erbe werden könne, so habe ihn auch die Sprache nicht als Erben bezeichnen können.

Cocceji, disp. de bon. vacant. §. 44.
Majer, die Succession des Fiscus Abschnitt 2 §. 18 f.
Glück, Intestaterbf. §. 206.
Thibaut, System §. 864.
Brauo, Dictate Th. 2. zu §. 689.
Heise in seinen Vorles. 1817. Bd. 5. §. 40.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 612.
Fabricius im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 191. Not.
Roßhirt, Einl. in das Erbr. S. 222.

Andere meinen, der Fiscus sei ein bloßer Occupant

der einzelnen Vermögensstücke. Man beruft sich auf L. 11 D. de jure fisci 49, 14. L. 1. L. 5 C. de bon. vacant. Es könne hiernach nur eine Singularsuccession eintreten, L. 1 C. de hered. vel act. vend. 4, 39.

Malbluac, princ. jur. Rom. §. 786.
Günther, princ. jur. Rom. §. 825. not. b.
Hufeland, Lehrb. des gem. Civilr §. 1378.
Weber, Erläut der Pand. §. 1661.
Wening-Jugenheim, Lehrb. §. 440.
Schweppe, röm. P.-R. §. 981 a.
Vaiett, Lehrb. des Pand.-R. §. 934.
Blume, Grundriß des Pand.-R. S. 32.
Blume im Rhein. Museum Bd. 4. Abth. 6. S. 216.

Andere haben die Succession des Fiscus geradezu nur auf den Ueberschuß der Activa beschränkt.

Glossa ad L. 1. L. 4. L. 5 C. de bon. vacant.
Fachinaeus, controv. 6. 21.
Voet, Comm. ad P. 28. 17. §. 27.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1430.
Blume im Rhein. Mus. Bd. 4. S. 216.

Andere wollen den Fiscus weder als heres noch heredis loco betrachten, er sei vielmehr ein successor honorarius, unter Berufung auf L. 1 pr. de succ. edict. L. 2 D. de alim. leg.

Schmidt, de success. fisci p. 45. 56.

Präjudiz 1.

Das OAG. zu Celle nahm eine von dem Anwalte der Kämmerei der Altstadt Hannover wider den du Plat'schen Curator an dasselbe gebrachte Appellation, ungeachtet der gegen die Justizqualität der Sache und dessen Competenz erregten Zweifel, zwar an, rejicirte solche jedoch am 30. Sept. 1816 aus folgenden Gründen: Da das Recht, die erblosen Güter sich zuzueignen, ein Ausfluß des dem Landesherrn kraft der Landeshoheit zustehenden juris fisci ist; letzteres aber den Mediatstädten nur dann zukommt, wenn es ihnen vom Landesherrn verliehen worden, oder sie sich in dem unvordenklichen Besitze desselben befinden, von dem Imploranten aber weder das Eine noch das Andere nachgewiesen, derselbe mithin nicht ad causam legitimirt ist, so findet das angebrachte Gesuch keine Statt.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Th. 6. Nr. 91.

Präjudiz 2.

Das Gesetz weist dem Staate in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, wonach alle herren- und erblosen Sachen demselben zufallen*), eine Verlassenschaft nur dann zu, wenn in Bezug auf sie eine wirkliche Erblosigkeit erwiesenermaßen vorhanden, oder wenn doch eine solche zu präsumiren ist, welches letztere aber nur dann eintritt, wenn auf die vorgeschriebene Edictalladung**) keine Anmeldung etwaiger bisher unbekannter Berechtigter geschieht, indem jede gesetzliche Fiction der Erblosigkeit aufhört, wenn ein Erbberechtigter auftritt, und über seine Ansprüche noch gar nicht entschieden, ihre Nichtexistenz also weder ausgesprochen, noch zu präsumiren ist***).

Die Einweisung der Staatskasse in den Besitz eines von ihr als erblos angesprochenen Nachlasses kann nicht erfolgen, wenn ein Anderer ein Erb- oder ein vorgehendes Erbfolgerecht anspricht, indem hier vorerst im Wege des bürgerlichen Rechtsverfahrens über dasselbe entschieden werden muß, wobei nöthigenfalls bei dem Richter die geeignete Anordnung zur Erhaltung des Streitgegenstandes bis nach entschiedenem Streite, aber nicht schon während des Processes eine förmliche Einsetzung in die Gewähr der Verlassenschaft nachgesucht werden kann.

Erk. des Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 4. Juli 1846, bestätigt durch Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 20. Oct. 1847.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 275.

*) Bezugnahme auf Bad. L.-R. Satz 539 u. 713.
**) Bezugnahme auf Bad. L.-R. S. 770 und 773
***) Vgl. ebd. S. 811.

II.

Streitig ist, ob der Fiscus die bona vacantia schon ipso jure oder erst durch Agnition erwerbe.

Einige meinen, der Fiscus erwerbe das Eigenthum an den bon. vac. ipso jure, den Besitz aber erst durch Occupation; einer Antretung bedürfe er nicht, da er kein Erbe sei. Ueber die Gründe für die Qualität des Fiscus als Occupanten s. die vorige Contr. Vergl. auch L. 1. §. 1 D. de jure fisci.

Glosse des Accursius ad L. 1. §. 1. D. de jure fisci. L. 1. L. 4. L. 5 C. de bon. vacant.
Peregrinus, de jure et privil. fisci lib. IV. tit. 3 §. 22 sq.
Cocceji, disp. de bon. vacant. §. 44.

Andere meinen, der Fiscus, weil er Erbe sei (siehe die vorige Controv.), bedürfe stets der Antretung, zumal auch Nov. 1. c. 1. §. 1 sage: si voluerit.

v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 138.
Stryk, de success. ab int. §. 53.
Majer, die Succession des Fiscus S. 55.

III.

Streitig ist, welchem Fiscus die in verschiedenen Territorien belegenen bona vacantia gebühren.

Einige unterscheiden zwischen den beweglichen und unbeweglichen Gütern, und sprechen erstere ohne Unterschied des Orts, wo sich dieselben befinden, dem Fiscus des Wohnorts des Verstorbenen, letztere aber dem Fiscus der belegenen Sache zu.

Stryk, de success. ab int. diss. 5. c. 1. §. 47.
Lauterbach, coll. th. pr. P. lib. 38. tit. de succ. jur. nov. §. 57.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1661.

Andere meinen, daß jeder Fiscus die in seinem Lande befindlichen Güter, ohne Unterschied, sie seien bewegliche oder unbewegliche, einzuziehen befugt sei, weil hier die Grundsätze des Occupationsrechts einträten, welches jeder Landesherr vermöge der Cameralgewalt auf die vacanten Güter in seinem Lande habe. Diese Grundsätze seien auch bisher durch die Praxis anerkannt.

Voet, Comm. ad P. 38. 17. §. 29.
Pufendorf, obs. T. III. obs. 17. §. 22 sq.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 57.
Ludolff, Entwickl. der Lehre von der Intestaterbf §. 188.

Vergl. auch

Sintenis, Civilr. §. 165. Not. 7 a. E.
v. Vangerow, Pand. §. 564 am E.

Andere meinen, insofern hier ein wirkliches Erbfolgerecht eintrete (s. Contr. 1), dürfe nicht bezweifelt werden, daß der Fiscus desjenigen Landes ausschließlich berechtigt sei, in welchem der Verstorbene seinen ordentlichen Wohnsitz gehabt, ohne daß die Beschaffenheit der einzelnen res vacantes, ob sie beweglich oder unbeweglich seien, in Betracht kommen dürfte.

Glück, Intestaterbf. §. 208.
Majer, von der Succession des Fiscus Abschn. 2. §. 19.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 138.
Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 7.
v. Vangerow, Pand. §. 564 a. E.

IV.

Streitig ist, ob der Fiscus für die Schulden des vacanten Nachlasses hafte.

Einige meinen, der Fiscus hafte zwar für die Schulden, aber nur zum Belaufe der vacanten Activa, selbst wenn er kein Inventarium errichtet habe. Man beruft sich auf L. 11 D. de jure fisci 49, 14 u. L. 1. §. 1 eod.:

L. 11: Non passunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cuiusque intelligitur, quod aeri alieno superest.

L. 1 cit.: An bona, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit, etiam ea, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam ejus edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneant, si ex his fisco acquiri nihil possit.

indem aus diesen Stellen hervorgehe, daß eine überschuldete Erbschaft dem Fiscus gar nicht deferirt, sondern darüber Concurs erkannt werde, und daß überhaupt der wahre Gegenstand der fiscalischen Succession nur der Reinertrag, nach Abzug der Schulden, sei.

Böhmer, jur. Dig. 38. 17. §. 24.
Westenberg, princ. jur. sec. ord. Inst. lib. 3. tit. de succ. ab int. §. 132.
Ludolff, Entwicklung von der Lehre der Intestaterbf. §. 186.
Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1430.
Blume im Rhein. Mus. IV. S. 216.
Roßhirt, Einleit. in das Erbrecht S. 218.
Elvers, prakt. Arbeiten Nr. 2. S. 22 f.
Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 146.

Andere meinen, der Fiscus hafte unbeschränkt für Bezahlung der Schulden, sofern er nicht von der, ihm nicht weniger wie andern Erben zuständigen Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht habe. Denn in L. 11 cit. sei nicht gesagt, daß der Fiscus *nur* bis zum Betrag des Vermögens hafte, sondern daß er *jedenfalls* soweit hafte, und ein Gewinn sich für ihn nur dann ergeben könne, wenn nach Absatz aller Schulden noch etwas übrig bleibe. In der L. 1. §. 1 cit. aber sei der Gedankengang folgender: Zunächst im Eingange der Stelle werde eine frühere, namentlich auch von Labeo vertheidigte Meinung angeführt, wonach die bona vacantia dem Fiscus stets ipso jure zufallen sollten, einerlei ob sie überschuldet seien oder nicht; eine Meinung, welche wahrscheinlich durch die Fassung der lex Julia veranlaßt sei; und man brauche sich, um dies erklärlich zu finden, den hierher gehörigen Passus des Gesetzes nur etwa so zu denken: „bona caduca ad fiscum pertinento.“ Nach dieser Relation der Labeo'schen Meinung fährt dann der Jurist fort: „Gegen diese Ansicht ist aber ein Edict erlassen, wonach (dem Fiscus die bona vacantia nie mehr ipso jure anfallen, sondern die Annahme stets von seinem Willen abhängen soll, und folglich) dann, wenn dem Fiscus aus der Annahme kein Vortheil erwächst (und er also ausschlägt), die Erbschaft den Creditoren zum Zweck des Verkaufs überantwortet wird.“

Daß der eigentliche Hauptinhalt des Edicts gerade der gewesen, den Gedanken an einen ipso jure eintretenden Erwerb auszuschließen, und daß dann nur in Folge davon die *Möglichkeit* (nicht die Nothwendigkeit) einer Concurseröffnung im Falle der Ueberschuldung anerkannt worden, gehe, abgesehen von der offenbaren Natürlichkeit einer solchen Bestimmung, insbesondere auch noch daraus hervor, daß es wirklich in der späteren Zeit als ein völlig ausgemachter Rechtssatz ausgesprochen sei, daß dem Fiscus die bona vacantia nur deferirt würden, und er die freie Befugniß habe, dieselben anzunehmen oder auszuschlagen, vergl. §. 1 Inst. de eo, cui libert. causa 3, 10. L. 6. §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1. L. 4. §. 17—20 de fideic. libert. 40, 5. L. 5 C. de bonis auct. jud. poss. 7, 72, womit dann auch noch die späteren kaiserlichen Verordnungen über die bei der Incorporation der bona vacantia zu beobachtenden Solennien zu verbinden seien, L. 3. L. 5 C. 10, 10. Nach dieser Auffassung der L. 1 cit. könne daraus kein Argument für die gegnerische Meinung entnommen werden, und ebenso wenig könne man sich darauf stützen, daß nach L. 3 u. L. 5 C. 10, 10 bei der Incorporation der bona vacantia stets Inventarisation nöthig, und folglich jedenfalls der Fiscus vermöge der Rechtswohlthat des Inventars gegen Nachtheil gesichert sei. Daß dieses nämlich nicht in dem ursprünglichen Plane dieser Gesetze habe liegen können, verstehe sich von selbst, da zur Zeit ihrer Abfassung das benef. inventarii noch gar nicht existirt habe; um aber die Justinianische Verordnung über diese Rechtswohlthat hierher ziehen zu dürfen, genüge nicht die Beobachtung der in L. 3 u. 5 cit. vorgeschriebenen Formen, sondern es müßten genau und vollständig die Vorschriften der L. 22 C. de jure delib. 6, 30 befolgt werden, und unter dieser Voraussetzung müsse man auch annehmen, daß der Fiscus nicht über den Bestand der Masse hafte.

Stryk, de success. ab int.
Warnher, lectiss. comm. 38. 17. §. 24.
Glück, Intestaterbf. §. 209.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 440.
Gans, Erbrecht Th. 2. S. 207.
v. Buchholtz, Abhandl. Nr. 4.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 108 f.
Schmidt, de success. fisci p. 52.
v. Vangerow, Pand. §. 564.

V.

Der Fiscus bekommt den vacanten Nachlaß mit allen darauf haftenden Lasten und Verbindlichkeiten, er muß also auch die Schulden des Verstorbenen bezahlen, L. 11 D. de jure fisci.

Streitig ist nun, wie die Schulden zu repartiren sind, wenn die vacante Verlassenschaft in verschiedenen Territorien befindlich ist.

Einige, und zwar die Anhänger der Meinung, daß der Fiscus wirklicher Universalsuccessor oder heredis loco sei, meinen, daß die Gesammtheit des Nachlasses nur dem Fiscus des Wohnortes des Verstorbenen zukomme, und daß dieser folgeweise sämmtliche Schulden zu übernehmen habe.

v. Vangerow, Pand. §. 564 am E.
Glück, Intestaterbfolge §. 208 und 209.
sowie die zur ersten Contr. allegirten Schriftsteller.

Andere, welche der Meinung folgen, daß die bona vacantia nach L. 1. §. 1 de jure fisci u. L. 1 u. 5 C. de bon. vacant. 10, 10 vermöge der Cameralgewalt titulo singulari dem Fiscus zukommen, behaupten für den Fall, daß die vacante Verlassenschaft in verschiedenen Territorien sich befände, mithin der einzelne Fiscus nur das in seinem Lande befindliche Vermögen des Verstorbenen erhalte, daß jeder Fiscus, bloß nach Verhältniß des Antheils, der ihm von des Verstorbenen Nachlasse zufalle, für die Schulden zu haften brauche.

Stryk, de succ. ab intest. diss. 3. c. 1. §. 47 sq. und die zur ersten Contr. Angef.

VI.

Streitig ist, in welchem Umfange dem Fiscus die Verbindlichkeit zur Auszahlung der Vermächtnisse obliege.

Einige meinen, nur die Vermächtnisse, womit der Erblasser den Fiscus ausdrücklich für den Fall, daß die bona vacantia werden sollten, onerirt habe, L. 114. §. 2 de legat. II., sowie diejenigen, welche entweder in besonderen Intestatcodicillen oder in solchen Testamenten angeordnet seien, denen die Codicillarclausel zugefügt worden, brauche der Fiscus zu zahlen. Hierbei müsse man aber auch stehen bleiben; denn sei dem Testamente keine Codicillarclausel zugefügt, so werde ja nach bekannten Grundsätzen, wenn Niemand daraus Erbe werde, der gesammte Inhalt des Testaments hinfällig, und wie in solchem Falle Intestaterben, welche die Erbschaft erhielten, dergleichen Vermächtnisse nicht anzuerkennen hätten, so könne noch um so weniger der Fiscus, welcher erst hinter den Intestaterben zur Erbfolge komme, dazu angehalten werden, L. 181 D. de reg. jur. L. 50 D. de manumiss. test.

Glück, Intestaterbfolge §. 209.
Westphal, von Vermächtnissen §. 140.
Roßhirt, Einleit. in das Erbrecht S. 218 f.
Blume im Rhein. Mus. IV. S. 218 f.
Schmidt, de success. fisci in bon. vac.
Witte, preuß. Intestaterbr. §. 48.
Valett, Lehrb. des prakt. Pand.-R. §. 954.

Andere gehen weiter, und verpflichten den Fiscus, selbst diejenigen Vermächtnisse auszuzahlen, die in einem testam. destitutum, dem keine Codicillarclausel beigefügt worden, hinterlassen sind. Diese Verbindlichkeit des Fiscus werde nämlich überall und ganz allgemein anerkannt, ohne daß auch nur entfernt jene von den Gegnern angenommene Unterscheidung angedeutet würde, und namentlich spreche die L. 96. §. 1 de leg.:

Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta sunt,

jenen Grundsatz so generell aus, daß man ohne Willkür jene Distinction nicht subintelligiren dürfe. Dies werde zwar auch von den Gegnern anerkannt, allein die L. 96 cit. werde durch die Behauptung beseitigt, daß dieselbe gar nicht von bona vacantia, sondern von bona caduca rede. Dies sei aber gewagt; denn der Grund, daß ja die Erwähnung der lex Julia deutlich auf die bona caduca hinweise, passe darum nicht, weil nach dem Zeugniß von Ulpian 38, 7 durch die lex Julia nicht bloß das Recht der bona caduca, sondern auch das Recht der bona vacantia eingeführt sei. Geradezu unmöglich erscheine aber jene Behauptung im Sinne des Justinianischen Rechts; denn daß eine Stelle, deren Wortausdruck auf bona vacantia geht, nicht von den, diesem Rechte ganz unbekannten, bonis caducis verstanden werden dürfe, versteht sich von selbst. Es werde aber die diesseitige Meinung noch dadurch unterstützt, daß auch noch in anderen Stellen für eine specielle Art der Vermächtnisse, nämlich für legirte Freiheit ganz entschieden derselbe Grundsatz ausgesprochen werde, welcher in L. 96 cit. für alle Arten der Vermächtnisse ausgesprochen sei: daß nämlich der Fiscus dieselben stets anerkennen müsse, möge dem Testamente, in welchem sie hinterlassen worden, eine Codicillarclausel beigefügt sein oder nicht.

L. 4. §. 17 de fideic. libert. 40, 5.
§. 1 Inst. de eo cui libert. caus. 3, 10.

Wenn diese Stellen isolirt dastånden, so könnte man dabei wohl an einen singulären favor libertatis denken, aber in Verbindung mit den anderen oben angeführten Gesetzen dürfe man dieselben gewiß nur als Consequenzen eines allgemeinen Grundsatzes auffassen. Auch sei der Grundsatz nicht so auffallend, wenn man erwäge, daß das Recht des Fiscus auf die bona vacantia kein so ursprüngliches und auf inneren Gründen beruhendes sei, wie das Successionsrecht der eigentlichen Intestaterben, und daß man eben darum leicht habe dazu kommen können. einen solchen, man möchte fast sagen, mehr zufälligen Gewinn mit größeren Beschränkungen zu verknüpfen, als das wohlbegründete Recht der eigentlichen Intestaterben. Ueberdies sollte auch durch dergleichen humane Bestimmungen das Gehässige der durch die lex Julia so zahlreich eingeführten fiscalischen Erwerbungen möglichst gemildert werden.

Stryk, de succ. ab int. diss. 3. cap. 1. §. 51.
Ludolff, Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 187.
Maiblanc, princ. jur. Rom. §. 786. Nro. 4.
Elvers, prakt. Arbeiten Nr. 2. S. 42 f.
Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 146.
v. Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 121 f.
Francke, Beiträge I. S. 138.
v. Vangerow, Pand. §. 564.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 440.
Seuffert, Lehrb. §. 563.
v. Buchholtz, jur. Abhandl. S. 110.
Gans, Erbrecht Th. 2. S. 407.

VII.

Dem Fiscus ist eine peremtorische Frist von vier Jahren gesetzt, binnen welcher er sich seines Rechtes auf die bona vacantia bedienen muß, L. 1 C. de quadriennii praescr. 7, 37. Ist diese Zeit verstrichen, ohne daß der Fiscus von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat, und es hat ein Anderer die Güter in Besitz genommen, so darf derselbe nicht beunruhigt werden, auch wenn er keinen justus titulus hätte und nicht in

bona fide sein sollte. Diese Verjährung ist eine eigentliche Klagenverjährung. So weit ist man im Allgemeinen einverstanden.

Streitig ist aber dabei, ob vorausgesetzt werde, daß die bona vacantia dem Fiscus noch nicht angezeigt — nunciata — seien.

Einige machen diese Voraussetzung. Denn die L. 10. §. 1 D. de div. temp. praescr. sage ausdrücklich: quadriennii tempus bonis vacantibus nunciandis praescriptum fuisse. Auch der §. 9 Inst. de usucap. und die L. 18 D. de usurp. redeten ausdrücklich von bonis vacantibus fisco nondum nunciatis. Wäre dagegen die Anzeige dem Fiscus einmal geschehen, so würden sie nun als schon erworben angesehen, und daher, wie andere fiscalische Sachen, erst in vierzig Jahren präscribirt, L. 1. §. 1 u. 2 D. de jure fisci.

Westphal, Arten der Sachen §. 751 f.
Glück, Intestaterbfolge §. 210.
Schmidt, de success. fisci p. 88 und die daselbst Genannten.

Andere meinen, es komme nur auf den Ablauf des quadriennii, nicht aber auf die Anzeige an. Die Gegner dieser Ansicht verwechselten die Präscription des Fiscus mit der Eigenthumsersitzung dessen, welcher Etwas titulo singulari aus den Vacantien erworben habe, und interpretirten die L. 10. §. 1 cit. unrichtig. Die L. 10. §. 1 de divers. temp. sowie die L. 18 de usurp. u. §. 9 Inst. de usucap. seien deshalb bei der vorstehenden Frage genauer in's Auge zu fassen. Die beiden letzten Stellen behandelten die Eigenthumsersitzung derer, welche einzelne Sachen aus den bonis vacant. durch Singulartitel erworben haben, also unter Voraussetzung der gewöhnlichen Erfordernisse. Dies stehe fest, ebenso wie, daß die quadr. praescriptio eine exclusio fisci herbeiführe, und die universitas des Nachlasses betreffe. Wenn nun in der L. 1 C. de quadr. praescr. rücksichtlich dieser Präscription kein Unterschied zwischen bonis nunciatis und non nunciatis gemacht sei, so seien wir auch nicht zu solcher Unterscheidung ermächtigt. (Vergl. Unterholzner, Verj. Bd. 2. Anmerk. 828 und Schmidt, de succ. fisci p. 89.) Gegen die Vindication einzelner Sachen, heiße es nun, solle lisen bonis nondum nunciatis, die usucapio schützen. Wenn nun die Anhänger der diesseitigen Meinung diese Worte verschieden auffaßten, indem

z. B. v. Schröter in Gießer Zeitschr. S. 139.

in dem Fall des Erwerbes titulo singulari die quadr. praescr. für unzulässig halte, und jene nur insoweit als Beschränkung auffasse: „da sonst keine ordentliche Ersitzung gegen den Fiscus wirke, so laufe sie hier nur so lange noch kein nunciatio geschehen sei“; außerdem aber die ordentliche Verjährung sich von selbst verstehen solle, und wenn

Schmidt, de success. fisc. p. 92.

der Meinung sei, „es sei wahrscheinlich billig erschienen, die usucapio, welche in Bezug auf Erbschaften gegen Jedermann laufe, wenigstens als non lucrativa auch gegen den Fiscus zuzulassen; damit jedoch dessen Privilegium nicht zu sehr beschränkt werde, sei sie vermuthlich auf die bona nondum nunciata beschränkt worden, und somit habe die usucapio und die quadriennii praescriptio jede ihre besondere Richtung — wobei jedoch bemerkt werde, daß der begonnene Lauf der usucapio von Seiten des Fiscus nicht unterbrochen worden“: so würden mit mehr Recht die Gestaltungen der Verjährung in Folgendem genauer aufgestellt:

1) Durch die quadr. praescr. erlösche das Recht des Fiscus. Sie sei eine Klagverjährung seiner hered. petitio. Die unverkennbare Natur eines dabei zugleich ausgesprochenen Verbots in Verbindung damit, daß hier Niemand, auch der Fiscus nicht, sein Eigenthum verliere, führe zu der Folge, daß es auf bona fides hier nicht ankomme, auch nicht aus dem Gesichtspunkte des canonischen Rechts.

2) Es könne mithin hier auch nicht auf vierjährigen Besitz ankommen, L. 6. §. 7 si quis omissa causa. Vergl. Unterholzner, Verj. Bd. 2. S. 426. Not. 828.

3) So viel nun den Erwerb ex bonis vacantibus durch Ersitzung und deren Verhältniß zur quadriennii praescriptio betreffe, so sei zu unterscheiden:

a) die Ersitzung habe schon gegen den Erblasser begonnen. Dann sei deren Vollendung nicht nur dann möglich, wenn dem Fiscus die Existenz des erblosen Nachlasses nicht bekannt geworden, sondern auch wenn dies geschehen sei. Wenn nämlich, wie bemerkt, die Fortsetzung der quadriennii praescriptio im letzteren Falle möglich sei, so müsse es um so mehr die Vollendung der usucapio sein.

b) Aber auch beginnen könne die usucapio wider den Fiscus, und zwar nicht nur bonis nondum nunciatis, sondern auch nunciatis.

Denn mit der nunciatio geschehe für den Fiscus kein Erwerb, sondern nur die Möglichkeit desselben; auch in Bezug auf den Anfang müsse wieder der unter s. gedachte Rückschluß gelten, sobald für die usucapio die Erfordernisse zutreffen.

Uebrigens liege in den Worten: bonis nondum nunciatis nur die stillschweigende thatsächliche Voraussetzung, daß, sobald die nunciatio geschehen sei, der Fiscus auch angetreten habe.

4) So viel die Frage betreffe: ob denn die quadriennii praescriptio, als gegen die heredit. petitio gerichtet, überhaupt vom Besitzer einzelner Erbschaftssachen vorgeschützt und gebraucht werden könne, so werde aus dem zweiten Satze der L. 1 cit. verb.: additum est etc. eine Anwendung auf einzelne Sachen (easdem res) vorausgesetzt. Sollte nun der Fiscus die hered. petitio angestellt haben, so habe ein Zweifel der Art gar nicht entstehen können; wenn er aber die rei vindicat. angestellt hätte, so werde ja die Erbschaft als bereits erworben vorausgesetzt, also sei dieselbe intra quadriennium bereits angetreten.

5) Es sei aber auch endlich der Fall möglich, daß der Fiscus das quadriennium habe verstreichen lassen, und später doch noch ungehindert die Erbschaft angetreten und erlangt habe. Wenn er dann einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen vindicire, so könne dem Besitzer das Berufen auf die quadriennii praescriptio nicht nützen, denn diese schließe nur die hered. petitio aus, und von einer solchen könne dann nicht die Rede sein,

wenn die Erbschaft bereits erworben sei. Es könne daher alsdann einzig die Ersitzung, und zwar die außerordentliche, noch Schutz gewähren. Das Verbot, welches L. 1 C. de quadr. praescr. enthalte, könne auf diesen Fall nicht angewendet werden, indem die Worte: post quadr. quaestionem super bonis vacantibus inchoandam non esse, einen ohne Widerspruch erfolgten späteren Erwerb doch nicht als nichtig erklärten.

Sintenis, Civilrecht §. 165. Not. 8.

Suus heres.

I.

Streitig ist, wer unter heres suus verstanden werde.

Einige meinen, der Ausdruck suus heres komme vor bei dem Rechte auf Institution oder Exheredation, bei der legitima hereditatis und bei dem Erwerb einer Erbschaft. In den beiden ersten Fällen bezeichne er immer ein Kind, das sich unmittelbar in der potestas des Erblassers befinde, in dem dritten Falle sei jedes Kind mit dem Namen suus heres bezeichnet, welches auch nur mittelbar in potestate ist. Vergl. Gajus lib. 2. tit. 3. §. 6. L. 6. §. 5 u. 6 D. 29, 2. L. 13 D. 38, 2 mit §. 2 Inst. 2, 19.

Löhr im civil. Archiv Bd. 2. S. 198.
Mackeldey, Lehrbuch §. 681. Not. c.
Schilling, Bemerkungen über Rechtsgesch. S. 82.
Francke, Notherbenrecht S. 13.
Braun, Dictate zu §. 716.

Hiergegen siehe

de Lessbeck, comment. exhib. observ. ad jus sui heredis §. 18.

Andere verstehen unter sui heredes nur die unmittelbar, als Descendenten, der Gewalt des Erblassers bei seinem Tode unterworfenen Personen, sowie die diesen gleichgestellten postumi. Vergl. §. 2 Inst. 2, 19. §. 2. 7 u. 8 Inst. 3, 1. L. 6. §. 5 u. 6 D. 29, 2. L. 13 D. 38, 2. L. 7 D. 38, 6. L. 1. §. 8. L. 6 D. 38, 16. L. 4 C. 6, 55.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 144. Bd. 42. S. 294.
Glück, Pand. Bd. 6. S. 531.
Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 3. §. 426.
Schweppe, röm. P.-R. §. 645.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 731. Not. *.

Präjudiz 1.

In einer an das oberste Gericht erwachsenen Rechtssache handelte es sich auch um die Frage, ob dem Sohn der mütterliche Nachlaß ipso jure zugefallen sei, ob er als suus heres seiner Mutter anzusehen sei? Diese Frage wurde verneint, nach Anleitung des erstatteten Gutachtens auf folgende Gründe hin: Nach römischem Rechte hatte die Mutter keinen Antheil an der väterlichen Gewalt, der Grundlage der Suität. Der Sohn war also nicht suus heres seiner Mutter. Die Doctrin der Römer über die väterliche Gewalt mit ihren Consequenzen wurde aber in Deutschland recipirt, und hat, mit particularrechtlichen Abweichungen, ihre Herrschaft in der Rechtssprechung erlangt.

Runde, Grundsätze des deutschen P.-R. §. 614.
Eichhorn, Einleitung in das deutsche P.-R. §. 315*).

Ein solcher Ausschluß der Mutter von der Gewalt über das Kind entspricht auch altgermanischer Ansicht. Denn die Ehefrau hatte an dem streng juristischen Verhältnisse, welches früher auch in Deutschland zwischen Vater und Kind bestand, dem mundium, selbst nach dem Tode des Ehemannes keinen Theil; vielmehr war sie, weil sie als eines steten Schutzes bedürftig angesehen wurde, selbst der Bevormundung unterworfen. Sonach sind die Kinder einer Mutter keine sui heredes derselben; sie erwerben deren Nachlaß nicht ipso jure, sondern nur durch Antretung.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 29. Sept. 1847, in S. der Miterben von Böhler's Wittwe gegen die Intestaterben des Balthasar Böhler.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 185.

Präjudiz 2.

Der Thierarzt Sackmann hatte gegen die Gevettern Sackmann eine Klage wegen Erbtheilung, unter Anderm auch wegen der Verlassenschaft der Wittwe Sackmann bei dem Kreisgerichte Gandersheim erhoben und zu deren Begründung unter Eidesdelation behauptet, „daß die Wittwe S. von ihren Kindern beerbt sei". Die Klage wurde in dieser Beziehung am 2. Nov. 1855 als unsubstantiirt zurückgewiesen, weil nicht behauptet sei, daß die Erbschaft von den Kindern angetreten und erworben sei. Diese Entscheidung wurde am 15. Sept. 1856 in der Berufungsinstanz von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel bestätigt aus folgenden Gründen:

„Es ist in dieser Rücksicht generell und gegen den §. 64 der Civ.-Pr.-Ordn. zum Beweise nur der Eid deferirt. Da Descendenten der Mutter nicht zu den suis heredibus gehören, von denen die Erbschaft ipso jure erworben würde, so wäre in Ansehung der genannten Beklagten gleich andern Erben in Gemäßheit der

L. 20 D. de acquir. vel omitt. hered.

die Aufführung specieller Thatumstände, woraus die Absicht, die mütterliche Erbschaft antreten zu wollen, unleugbar zu folgern stände, erforderlich gewesen."

Zeitschr. f. Rechtspfl. f. Braunschweig. Jahrg. 4. Nr. 6. S. 95 f.

II.

Streitig ist, auf welcher Rechtsidee das Notherben- und unmittelbare Erwerbsrecht der sui heredes beruhe.

Einige meinen, das Notherben- und das unmittelbare Erwerbsrecht der sui heredes sei aus einem Miteigenthum derselben an dem Vermögen des noch lebenden Vaters zu erklären.

Galvanus, de usufructu c. 8. Nro. 12.
Vinnius ad §. 2 Inst. de hered. qual. et diff. Nro. 3.
de Pull, de exhered. et praeter. c. 5 u. 6.
Burchardi, Grundzüge des römischen Rechts Bd. 6 S. 32.

Andere verwerfen diese Annahme; der filius familias habe ja nicht bloß die vorhandenen Sachen bekommen, sondern es seien ja auch die Schulden des Vaters auf ihn übergegangen. Nur wenn der Vater gestorben sei, habe man das Vermögen desselben, in welches aller Erwerb der filii familias geflossen, so angesehen, daß es dem suus heres ipso jure zugefallen und erworben sei, ohne daß es einer besonderen Antretung bedurft habe, gleichsam als ob der suus heres schon früher Eigenthümer gewesen wäre, L. 120 D. de verb. sign.

Glück, Intestaterbfolge S. 180.
Griesinger, Gesch. und neue Theorie der Suität.
Francke, Notherbenrecht S. 17.
Gramer in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 1. Abh. 12. S. 300.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 36. S. 144.

III.

Streitig ist, ob emancipati Suitäts-

*) S. auch noch Gerber, System des deutschen P.-R. 4. Auflage. Jena 1853 S. 546. 547, Bluntschli, deutsches P.-R. Bd. 2. München 1854. §. 175.

rechte behalten, folglich als sui et necessarii heredes die Erbschaft ipso jure erwerben und auf ihre Erben transmittiren.

Die älteren Schriftsteller behaupten dies unter Berufung auf Nov. 118, wodurch den emancipirten Kindern civilrechtliches Intestaterbrecht gegeben sei, so daß es mithin einer agnitio bonor. poss. nicht mehr bedurft habe. Nach §. 5 Inst. de exhered. liber. mache das neuere Recht keinen Unterschied mehr zwischen sui und emancipati. Ferner beraube die heutige Emancipation den Emancipirten keines Familienrechts mehr; der Verlust dieses Rechts sei eine Folge des alten Emancipationsactes gewesen, mit dessen Wegfallen auch jene Folge von selbst aufhören müsse; weshalb jetzt durch Emancipation die väterliche Gewalt nur soweit aufgehoben werde, als diese den Kindern lästig sei, nicht aber, soweit sie ihnen zum Vortheil gereiche.

Baldus ad Auth. in successione C. de suis et legit. hered. Nro. 3.
J. H. Böhmer, diss. de statu lib. sui juris fact. c. 1. §. 16 u. exerc. ad P. T. 1. p. 927.
Vinnius ad §. 5 Inst. de exhered. lib. Nro. 4.
Hellfeld, jurispr. for. §. 162.

Andere meinen, die Nov. 118 spreche nur von dem jus succedendi, nicht aber von dem Erwerbe der Erbschaft; sie berühre das besondere Rechtsverhältniß eines suus heres mit keiner Sylbe, und da dieses als etwas Verschiedenes von dem Rechte, jure civili zu erben, gedacht werden müsse, so rechtfertige sich die Behauptung, daß nach wie vor die emancipirten Kinder und die sui von einander zu trennen seien. Dem Begriffe eines suus heres liege nun aber der einer Hörigkeit zum Grunde; der suus heres sei Zwangserbe, gemildert durch das beneficium abstinendi. Der Emancipirte dagegen sei der Gewalt des Vaters nicht unterworfen, es finde also auch keine Verpflichtung desselben statt, der Erbe des Vaters zu werden. Hieraus folge, daß er auch nicht die besonderen Rechte in Anspruch nehmen dürfe, welche das Gesetz an die Eigenschaft eines suus heres knüpfe.

Koch, success. ab int. §. 6. p. 19.
Glück, Intestaterbfolge S. 552 f. Not. 75.
Griesinger, Geschichte der Suität §. 71.
Sintenis, Civilrecht §. 183. Not. 1.

Andere schließen sich dieser Ansicht an, gestatten jedoch zwei Ausnahmen der Befreiung von der väterlichen Gewalt, nämlich: wenn der Sohn durch seine Würde von der väterlichen Gewalt befreit werde, und sodann, wenn die Emancipation per rescriptum principis erfolgt wäre und dabei die Suitätsrechte dem Emancipirten vorbehalten seien, Nov. 81. c. 2. L. 11 C. de legit. hered. 6, 58.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 301.
Griesinger, Geschichte der Suität S. 299. Not. c.

Andere wollen dem Kinde die Suitätsrechte auch dann noch beibehalten, wenn die Befreiung von der väterlichen Gewalt ipso jure erfolgt war, sei es zur Strafe des Vaters, sei es durch separata oeconomia.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 303. Not. 41.

Hiergegen siehe

Sintenis, Civilrecht §. 183. Not. 1.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 622. not. f.
Glück, Pand. Bd. 2. S. 454 f.

Vergl. das Präj. zu Contr. 4.

IV.

Bei der Erbfolge der Descendenten streitet man, ob ein Kind, welches durch Anstellung einer separata oeconomia oder durch Heirath aus der väterlichen Gewalt gekommen, in Ansehung der väterlichen Erbschaft das jus suitatis behalten habe.

Einige bejahen dies, indem sie den Grundsatz aufstellen, daß durch die Absonderung der Kinder die väterliche Gewalt zwar in Ansehung ihrer lästigen, aber nicht in Ansehung ihrer vortheilhaften Wirkungen aufgehoben werde; hieraus folge nicht nur, daß den abgesonderten Kindern das jus sui heredis in Ansehung der väterlichen Erbschaft verbleibe, sondern der Großvater sei in dem Falle, wo der Sohn durch Anstellung eines eigenen Haushalts aus der väterlichen Gewalt gegangen, sodann gestorben sei und Kinder nachgelassen habe, befugt, diesen seinen unmündigen Enkeln im Testamente Vormünder zu ernennen und denselben pupillarisch zu substituiren. Theils gehe die Richtigkeit dieser Ansicht aus dem cap. 1 der Nov. 118, theils aus Nov. 81. cap. 2 hervor, wo geschrieben sei, daß ein Sohn durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreit werde, und doch an seinen gesetzlichen Rechten keinen Verlust erleiden solle.

J. H. Böhmer, diss. de statu liber. sui juris fact. und in seinen exerc. ad P. T. 1. p. 913.
Cocceji, jus contr. lib. 7. qu. 12. not. p. 110.
Hellfeld, jurispr for. § 162. not. d.
Alciatus, paradoxor. jur. civ. lib. 3. c. 10. p. 130.
Cujacius, exposit. Nov. ad Nov. 118.
Koch, success. ab intest. §. 131. p. 205.

Andere meinen, das jus sui heredis stehe den emancipirten Kindern nicht zu. Denn die Nov. 118 betreffe nicht das Recht der Erbfolge, sondern nur wie die väterliche Erbschaft erworben werde. Wenn nun auch durch die separata oeconomia die Rechte der Familie nicht verloren gingen, so lasse sich hiervon doch nicht auf das jus suitatis schließen, da solches den alleinigen Grund in der väterlichen Gewalt habe. In der Nov. 81. cap. 2 werde ein besonderes Privilegium ertheilt, welches auf andere Arten der Befreiung von der väterlichen Gewalt nicht ausgedehnt werden dürfe. Deshalb habe auch der Großvater nicht das Recht einer Vormundschaftsbestellung oder pupillarischen Substitution in Ansehung der von seinem per separatam oeconomiam abgesonderten, sowie der von dem verstorbenen Sohne nachgelassenen Enkel.

Höpfner, Instit. §. 506. Not. 2.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 622.
Glück, Pand. Bd. 2. §. 162.
Glück, Intestaterbfolge S. 552.
Griesinger, Geschichte der Suität § 71.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 296 u. 303.
Sintenis, Civilrecht §. 183. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 732. Not. *.

Präjudiz 1.

Nach deutschrechtlichen Principien, welche in einem allge-

meinen Herkommen begründet sind, wird das Verhältniß der väterlichen Gewalt in allen ihren Wirkungen, namentlich auch rücksichtlich der Eigenschaft als suus heres, aufgehoben, wenn das Hauskind sich seinen Unterhalt selbständig und ohne elterliche Beihülfe erwirbt.

Erk. des OAG. zu Celle vom J. 1846, in S. Seiffert c. Bodenstädt.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 37.

Präjudiz 2.

Es fehlt an gesetzlichen Bestimmungen über die Bedingungen, unter welchen durch abgesonderte Haushaltung — oeconomia separata — Aufhebung der väterlichen Gewalt nach deutschem Rechte eintritt.

Die Großjährigkeit des Sohnes, die Verheirathung desselben und das Ausgehen desselben aus dem väterlichen Hause bewirken nicht unter allen Umständen das Erlöschen der väterlichen Gewalt.

Die Errichtung eines besonderen eigenen Haushalts oder eines förmlichen Hauswesens gehört dagegen nicht nothwendig zum Thatbestande der oeconomia separata, um den Sohn von der väterlichen Gewalt zu befreien. Es wird daher der Begriff der Trennung des Sohnes von der Oekonomie des Vaters nicht von vornherein durch den Umstand ausgeschlossen, daß der Sohn Mitglied eines fremden Hauswesens ist, daß das Verhältniß, auf welches der Sohn sich bezüglich der Befreiung von der Gewalt stützt, nicht für immer begründet ist, daß die Einrichtung nicht lediglich auf eigne Mittel gegründet ist. Die gesammten Umstände des jedesmaligen Falles sind in Betracht zu ziehen, um in ihnen die Entscheidung zu finden.

Wenn daraus sich ergibt, daß der Sohn bleibend und ernstlich das Haus und den Tisch seines Vaters verlassen und eine auf eigenen, oder doch von der Unterstützung des Vaters unabhängigen Erwerb gegründete Trennung von der Oekonomie des Vaters vorgenommen hat, auch das Alter und die Lebensverhältnisse des Sohnes den Sohn als dem Vater gegenüber selbständig erscheinen lassen, so ist die patria potestas als durch eingetretene separata oeconomia aufgehoben zu erachten.

Erk. des OAG. zu Celle vom 18. April 1856, in S. Falke c. Falke.

V.

Durch die adoptio minus plena tritt der adoptatus aus der leiblichen Familie nicht heraus; er erwirbt zwar gegen den pater adoptans ein Intestaterbrecht, nicht aber gegen die übrige Familie desselben. Dieses Erbrecht erlischt mit der Emancipation.

Streitig ist nun, ob der Adoptirte suus heres des Adoptivvaters wird.

Einige meinen, er werde nicht suus heres des Adoptivvaters, §. 2 u. 11 Inst. 1. 11. L. 10. §. 1 u. 5 C. de adopt. 8, 48.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 504.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 11.
Noodt, Comm. ad D. 5. 2. pag. 159.

Andere meinen, es sei ganz unbestritten, daß der minus plene Adoptirte in das Vermögen des pater adoptans ein Intestaterbrecht als suus heres erwerbe, unter Bezugnahme auf L. 10. §. 1 C. de adopt.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 412. Not. 1.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3 §. 139. Not. 55.
Mühlenbruch, Pand. §. 554.

Andere fassen die Regel also: der unvollkommen Adoptirte, obgleich weder Agnat noch Cognat, beerbt auch jetzt noch den Adoptirenden gleich einem Kinde.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 686.
Schweppe, röm. P.-R. §. 827.

Andere meinen, von den angenommenen Kindern erbten die von einer Frau oder einem Manne minus plene Adoptirten nur von der adoptirenden Frau oder dem adoptirenden Manne, ohne von der Frage: ob als suus heres, etwas zu erwähnen.

Thibaut, System §. 857.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 433.
Höpfner, Institut. §. 689.
Koch, success. ab intest. §. 42

Suus heres, s. Erwerb der Erbschaft c. 8; desgl. substitutio pupillaris c. 1. 3.

T

Taube, als Testamentszeugen, s. Privattestamente A. c. 2.

— — deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 8. 9.

Taubstumme, ob ihnen quasi pupillariter substituirt werden könne? s. substitutio quasi pupillaris c. 9.

— — deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 8. 9.

Testamenta correspectiva,
— **mutua**,
— **reciproca**,
— **simultanea**,
} s. wechselseitiges Testament.

Testament, auf Befragen gemacht, s. Testamente, deren Inhalt c. 5.

— — im Auslande errichtet, s. Privattestamente B. c. 17.

— — kann der Testator für künftige Testamente eine bestimmte Form vorschreiben? s. clausula derogatoria c. 4.

Testament, zur Nachtzeit errichtet, s. Privattestamente B. c. 1.

— — ohne Datum, s. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 9.

— — mit undeutlichem Datum, s. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 9.

— — während eines Nothstandes errichtet, s. testamentum pestis tempore conditum c. 7.

Testament eines Blinden.

Stryk, de testam. corpore vitiatorum.
Köhnen, diss. de forma test. externa a caeco obs
Glück, Pand. Bd. 34. S. 26 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 832.
Marezoll in v. Grolmann u. Löhr's Magazin Bd. 4 S. 166.

1.

Nach L. 8 C. qui testam. fac. poss. 6, 22 und der Notarialsordnung vom Jahre 1512. Tit. 1. §. 9 kann ein Blinder nicht schriftlich, sondern bloß mündlich testiren. Testirt der Blinde außergerichtlich, so soll,

außer den gewöhnlich zu einem Privattestamente erforderlichen 7 Zeugen noch eine öffentliche Person, Notarius, zugezogen werden; sollte kein Notar zu haben sein, so soll ein achter Zeuge seine Stelle vertreten.

Streitig ist dabei, ob die Bestimmung der Notariatsordnung, daß ein achter Zeuge erst dann, wenn kein Notarius zu bekommen sei, an seiner Statt berufen werden dürfe, wörtlich zu nehmen sei.

Einige meinen, ein achter Zeuge sei nur zulässig, wenn ein Notar nicht herbeizuschaffen sei, weil die Worte der Notariatsordnung:

„ob kein Notarius bekommen werden möchte, ein „achter Zeug an seiner Statt berufen"

nach der deutlichen Fassung des Gesetzes solches vorschrieben.

Köhnen, diss. de forma testam. externa a caeco obs. cap. 2. sect. 1. §. 3. Nro. 3.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 833.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 528.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 32.

Andere meinen, es stehe in der Willkür des Geblassers, ob er einen Notar oder einen achten Zeugen zuziehe.

Stryk, de cautela testam. cap. 4. §. 5.
Brunnemann, Comm. ad L. 8 C. qui testam. fac. poss. Nro. 14 u. 15.

II.

Nach L. 8 C. qui test. fac. poss. 6, 22 ist vorgeschrieben: ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit. Der Testator soll also den Zeugen, nachdem sie sich versammelt haben, erklären, daß er mündlich testiren wolle.

Streitig ist, ob das Testament des Blinden nichtig sei, wenn er den Zeugen diese Eröffnung nicht gemacht habe.

Einige verneinen dies, da diese Bestimmung nur eine Anwendung der allgemeinen Vorschrift sei, daß wer mündlich testiren wolle, dieses vorher den Zeugen erklären müsse. Diese Vorschrift sei jedoch weggefallen, nachdem Justinian bei dem mündlichen Testamente alle formalis observatio aufgehoben habe, L. 26 C. qui test. fac. poss. 6, 22.

Stryk, de cautela testam. cap. 4. §. 5.
Köhnen, diss. de forma test. externa a caeco obs. cap. 2. sect. 1. § 4.
Höpfner, Instit. §. 469.
Schweppe, röm. P.-R. §. 818.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1170.
Walett, Pandektenrecht §. 974.

Andere bejahen die Frage; denn bei mündlichen Testamenten müsse der Testator zuvor den versammelten Zeugen den Zweck, zu welchem er sie berufen, eröffnen, und es sei daher durch Justinian mehr die Nothwendigkeit des Gebrauchs der gerade erwähnten verba formalia, als die Sache selbst aufgehoben. Dazu komme, daß in den Institutionen die Vorschrift unabgeändert bestätigt sei; und endlich verlange die Notariatsordnung §. 8 von den Zeugen bei einem gewöhnlichen mündlichen Testamente nur, daß sie dazu berufen und gebeten sein sollen; bei dem Testamente eines Blinden schreibe sie aber zweimal vor, daß die sieben Zeugen dazu berufen, und, wozu sie berufen seien, wissend gemacht werden.

v. Löhr, Uebersicht der Constitutionen von Theodos II. u. Valentinian III. bis auf Justinian S. 99.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 479.
Marezoll in v. Grolmann und v. Löhr's Magazin für Rechtsw. u. Gesetzg. Bd. 4. S. 169—172.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 34.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 833.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 529.

III.

Streitig ist, ob das Testament eines Blinden, nachdem es aus seinem Munde vom Notar in Gegenwart der Zeugen aufgenommen ist, auch am Ende noch vorgelesen werden müsse.

Einige behaupten die Nothwendigkeit der Vorlesung aus der allgemeinen Vorschrift der Notariatsordnung Tit. 2. §. 5 bei mündlichen Testamenten.

Mackeldey, Lehrbuch §. 643.
Nettelbladt, diss. de testamento nuncupativo in scripturam red. §. 20.
Wernher, Comm. in Pand. P. II. tit. qui test. facere poss. §. 7.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 834.

Andere verlangen nur dann die Vorlesung, wenn der Testirer den Zeugen einen vorher schriftlich abgefaßten Aufsatz als seinen letzten Willen vorgelegt habe. Dieses nur verlange die Notariatsordnung bei Strafe der Nichtigkeit, auch wenn sonst die Richtigkeit des Testaments auf andere Weise bewiesen werden könne.

J. H. Böhmer, de testam. non praelecto §. 5.
Leyser, spec. 353. med. 2.
Höpfner, Institut. §. 469.
Walch, introd. in controv. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 23.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 36.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 529.

Vergl. öffentliches Testament Contr. 1. Präj. 8. Erk. des OAG. zu Celle.

IV.

Streitig ist, ob die bei Testamenten der Blinden vorgeschriebenen Förmlichkeiten auch auf privilegirte Testamente anzuwenden seien.

Einige verneinen diese Frage, und gestatten daher dem Blinden, in Ansehung der Form zu testiren, dieselben Privilegien, welche den Sehenden zustehen, wenn sie nur das beobachtet haben, was diese beobachten müßten; vorsichtshalber könnte etwa ein Zeuge mehr gebraucht werden. Wenn daher ein blinder Vater unter seinen Kindern testire, so seien schon drei Zeugen genügend. Diese Meinung stützt sich darauf, daß diese Privilegien einen besonderen Grund hätten, Specialgesetze wären, denen eine lex generalis, wie die Constitution Justin's und die Notariatsordnung nicht derogiren könnte. Dazu komme, daß die Constitution bloß von solennen Testamenten der Blinden rede, wie aus den Worten praesentatus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse juris est, sich deutlich ergebe, indem hiernach von minder feierlichen Testamenten nichts habe verordnet werden sollen.

Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 6. def. 5. Nro. 5 u. 6.
Sarde, dec. Fris. lib. 4. tit. 1. def. 8.
Stryk, cautela test. cap. 4. §. 17.
Huber, prael. ad P. 28. 1. §. 5.
Wernher, lect. comm. in Pand. P. II. lib. 29. tit. 7. §. 19.
Köhnen, diss. de forma test. externa a caeco abs. cap. 2. sect. 1. §. 10—15.

Andere bejahen die Frage und stützen sich darauf, daß in den Institutionen ausdrücklich gesagt werde, ein Blinder könne nicht anders testiren, als in der von Justin eingeführten Form (§. 4 Inst. 2, 12), sowie darauf, daß die Notariatsordnung §. 11 die vorgeschriebene Form nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und anderen letzten Willen angewendet wissen wolle.

Wissenbach ad L. 8 C. qui test. fac. poss. p. 539.
Cramer, Wetzlarische Beiträge Th. 4. S. 38.
J. F. Rivinus, de test. parent. inter liber. §. 22.
A. F. Rivinus, de test. parent. privilegiario §. 15—17.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 45.

Andere unterscheiden, ob zur Giltigkeit eines privilegirten Testaments factische Gewißheit des Willens des Testirers genüge, oder ob außerdem besondere Formen, wenn gleich wichtigere und vielleicht andere als bei gewöhnlichen Testamenten zu beobachten seien. Im ersten Falle könne ein Blinder mündlich testiren vor zwei Zeugen, welche nur des Beweises halber zuzuziehen seien. So sei kein Grund einzusehen, weshalb z. B. nicht ein Soldat im Felde, welcher durch eine Wunde die Augen verloren habe, mündlich vor zwei Zeugen testiren dürfe, da er des Testamentsprivilegiums durch seine im Dienste erhaltene Wunde unmöglich verlustig werde; desgleichen, warum nicht ein Blinder mündlich ein Testament zu Gunsten einer pia causa vor zwei des Beweises halber zugezogenen Zeugen sollte errichten können, da dieses Testament eben nur factische Gewißheit des Willens des Testirers voraussetze, diese aber durch die Zuziehung zweier Zeugen hier vollkommen hergestellt werde. Im zweiten Falle hingegen könne ein Blinder nicht anders testiren, als in der für die Testamente Blinder überhaupt vorgeschriebenen Form. So z. B. könne ein blinder Vater unter seinen Kindern nur auf die gewöhnliche Weise, in welcher überhaupt Testamente Blinder zu errichten sind, testiren, indem zur wesentlichen Form des Testaments der Eltern unter ihren Kindern nach römischem Rechte gehöre, daß der Testirer den Hauptinhalt des Testaments eigenhändig schreibe, der Blinde aber diese Form dieses privilegirten Testamentes gar nicht einmal zu beobachten im Stande sei.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 836 f.

V.

S t r e i t i g i s t i n s b e s o n d e r e, o b e i n B l i n d e r e i n t e s t a m. p r i v i l. p a r e n t u m i n t e r l i b e r o s e r r i c h t e n k ö n n e.

Einige meinen, ein Blinder könne gar nicht auf privilegirte Art unter seinen Kindern testiren; denn die Bedingungen, unter welchen ein Blinder testiren könne, seien gesetzlich bestimmt, §. 4 Inst. 2, 12, und die Notariatsordnung §. 11 bestimme: es ist auch nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und a n d e r e n s e i n e n l e t z t e n W i l l e n noth, solche Form zu halten.

Wissenbach, Comm. ad L. 8 C. qui test. fac. poss. p. 539.
Cramer, Wetzlarische Beiträge Th. 4. Nr. 2. S. 38.
J. F. Rivinus, de test. parent. inter liber. coram duob. test. §. 22.
A. F. Rivinus, de test. par. privilegiario solemn. etc. § 15—17.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 46.

Andere meinen, die Frage sei zu bejahen; denn die Vorschriften über privilegirte Testamente gehörten ad jura specialia, welche durch generelle Verordnungen nicht derogirt würden, und die Gesetze, welche von dem vor 7 Zeugen errichteten Testamente handeln, könnten nicht auf ganz andere Arten von Testamenten angewandt werden. Ferner, nachdem in den Gesetzen über das Privilegium der unter ihren Kindern testirenden Eltern blinde Eltern nicht ausgeschlossen seien, so sei diejenige Auslegung vorzuziehen, wodurch nur andere nicht privilegirte actus mortis causa, wie mortis causa donationes, in den Worten „andern seinen letzten Willen“ verstanden werden. Es sei deshalb genügend, wenn blinde Eltern noch einen dritten Zeugen oder einen Notar, welcher für sie unterschreibe, beizägen, und nach geschehener Vorlesung und Unterschrift der Zeugen ihren letzten Willen von denselben besiegeln ließen; mithin die gemeinrechtlichen Bestimmungen nur insoweit anwendeten, als neben denselben das Privilegium bestehen könne. Außerdem spreche ja auch die Stelle, welche den Eltern das Recht ertheile, vor zwei Zeugen zu testiren, allgemein, und unterscheide nicht zwischen sehenden und blinden Eltern.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 861.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 227 f.
Wernher, lect. comm. in P. 29. 1. p. 707.
Müller ad Leyser. obs. 569.
Stryk, de cautela test. cap. 4. §. 17.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 4. S. 314.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 599.

Testamente, deren Anerkennung*).

I.

Darüber ist man einig, daß, wenn schon vor Eröffnung des Testaments der Inhalt desselben bekannt geworden sein sollte, der darüber geschlossene Vergleich giltig sei.

S t r e i t i g i s t a b e r, o b e i n V e r g l e i c h v o r E r ö f f n u n g d e s T e s t a m e n t s a u c h a l s d a n n

*) Nach der Regel: testamenti factio non privati, sed publici juris est (L. 3 D. qui test. fac. poss.) sind alle dem Testamentsrecht angehörige Vorschriften, soweit sie die Errichtung eines Testaments betreffen, also die Fähigkeit, ein Testament zu errichten und daraus zu erben, und die nothwendige Form der Errichtung insofern absolut und unabänderlich, als sie der willkürlichen Abänderung entzogene gesetzliche Voraussetzungen sind, unter welchen allein ein Testament entstehen kann. Ein Verstoß hiergegen führt die Nichtigkeit der Verfügung, je nach seiner Richtung ganz oder theilweise herbei, welche auch durch eine Uebereinkunft der betheiligten Personen nicht abgewendet werden kann, sondern von Anfang an mit der Nichtexistenz des Testaments zusammenfällt.

Sintenis, Civilrecht §. 166 a. E.

zulässig sei, wenn der Inhalt desselben den Parteien noch nicht bekannt geworden.

Einige meinen, daß in diesem Falle Streitigkeiten über dasjenige, was in einem Testamente hinterlassen sei, nicht giltig verglichen werden könnten. Denn, bevor das Testament eröffnet worden, könne man ja nicht wissen, wer eigentlich der Erbe sei; mit wem man also den Vergleich abschließen solle? L. 6 D. de trans. 2, 15.

Voet, Comm. ad P. 2. 15. §. 12 n. 13.
Vinnius, select. jur. quaest. lib. 1. cap. 8.
Hellfeld, jurispr. for. §. 349.
Renthe, Versuch der Lehre von den Transacten §. 34 u. 35.

Andere meinen, ein solcher Vergleich sei dennoch zulässig; denn wenn von einem Vergleiche über einen Testamentsstreit die Rede sei, der noch vor Eröffnung des Testaments eingegangen worden, so müsse vorausgesetzt werden, daß überhaupt bekannt geworden, wer Erbe sei, sowie daß der Transigent soviel erfahren haben müsse, daß er überhaupt bedacht sei. Die L. 6 cit. enthielte nun aber keine eigentliche gesetzliche Vorschrift, sondern nur den Grund, warum der Prätor sein Edict de inspiciendis describendisque testamenti tabulis bekannt gemacht habe, vergl. L. 1 D. quemadmod. test. aper. Es sei deshalb der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche gemäßer, wenn man die Worte des Gajus „non potest" so erkläre: non commode oder utiliter potest (vergl. L. 24. §. 1 D. de administr. et per. tut.). Wenigstens lasse sich kein vernünftiger Grund von einer gesetzlichen Prohibition angeben, ohne daraus folgern zu müssen, daß auch nach Eröffnung eines Testaments ein Vergleich nicht geschlossen werden dürfe, L. 11 pr. D. de except. rei jud.

Glück, Pand. Bd. 5. §. 349 u. die Not. 70 zahlreich Angef.
Weber, natürl. Verbindl. §. 65. Not. 5.
Bucher, System der Pand. §. 437.

Vergl. auch Testamente, deren Widerruf c. 11.

Präjudiz 1.

Zwei Eheleute hatten gemeinschaftlich ein Testament errichtet und sich wechselseitig zu Erben eingesetzt. Nach dem Tode des Mannes blieb die Wittwe im Besitze des Gesammtvermögens; sie unterließ es aber, die Eröffnung des Testaments zu beantragen. Nach ihrem Tode kam es unter mehren Nachlaßprätendenten zu einem Processe, in welchem es sich zunächst von der Frage handelte, ob bei unterlassener Eröffnung des Testamentes angenommen werden könne, daß die Wittwe die ihr testamentarisch deferirte Erbschaft ihres Mannes angetreten hatte?

Auf Grund der
C. un. §. 1 u. 5 de caduc. toll. 6, 51.
wurde angenommen, zum Antritt der Erbschaft aus einem Testamente sei dessen vorgängige Eröffnung nicht erforderlich; es genüge, wenn der berufene Erbe, von der Erbeinsetzung bestimmte Kenntniß habend, seinen Willen, Erbe zu sein, erkläre.

Vergl. v. Vangerow, Leitfaden §. 498.

Erk. des Hof- u. AG. zu Usingen, bestätigt durch Erk. des OAG. zu Wiesbaden v. 21. Mai 1845.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 205.

Präjudiz 2.

In einem gegebenen Falle lag die Frage zur rechtlichen Entscheidung vor: ob ein vermachter Nießbrauch auf zu Recht beständige Weise habe ausgeschlagen werden können, solange der betreffende letzte Wille dem Vermächtnißnehmer bloß in einfacher Abschrift vorlag, und der eingesetzte Erbe — der zu den Notherben des Erblassers gehörte — über den Erbschaftsantritt sich noch nicht erklärt hatte?

Hierüber äußern sich die Motive eines vom OAG. zu Jena eingeholten auswärtigen Erkenntnisses, wie folgt:

Allerdings kann nach der in
fr. 76 de regul. jur.
aufgestellten Rechtsregel eine giltige Ausschlagung eines Legates anders nicht angenommen werden, als wenn der Legatar eine sichere und bestimmte Kenntniß von der erfolgten Delation erlangt hat, daher es auch in
fr. 23 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
mit bestimmten Worten heißt: „in repudianda hereditate vel legato certus esse debet de jure suo is, qui repudiat." Ist aber dem Legatar eine Abschrift des letzten Willens, worin das Legat angeordnet war, eingehändigt worden und konnte er sich also von der geschehenen Delation gehörig unterrichten, so genügt dies vollkommen.

Die vorigen Urtheilsverfasser beziehen sich zwar, um das Gegentheil zu beweisen, auf
fr. 12 testamenta quemadmod. aperiantur 29, 3.
woselbst gesagt wird: „si quis fecerit testamentum et exemplum ejus, exemplo quidem aperto nondum apertum est testamentum; quodsi authenticum patefactum est, totum apertum est". Diese Stelle enthält jedoch lediglich eine Vorschrift für den Richter darüber, wie er sich bei der ersten Eröffnung des Testamentes in dem Falle zu verhalten habe, wenn der Testator außer dem eigentlichen Originale des Testamentes (authenticum) noch eine gleichlautende Abschrift desselben (exemplum) niedergelegt hat. Daß hier durch die bloße Eröffnung der Abschrift das Testament selbst noch nicht als eröffnet angesehen werden könne, ist einleuchtend.

Vergl. Donellus, Comment. de jur. civ. lib. 7. cap. 5 §. 8 edit. Bucher. Vol. 4. pag. 73.

Daß aber nach der ersten gerichtlichen Eröffnung des Originales der Inhalt desselben den bei der Eröffnung vor Gericht nicht zugegen gewesenen Erben oder sonstigen Interessenten durch Abschriften bekannt gemacht zu werden pflegt, bestätiget die tägliche Erfahrung. Zwar war, um den freiwilligen Erben genügende Kenntniß von der Delation zu verschaffen, nach älterem Rechte die Eröffnung des Testamentes an sie und deren Einsichtnahme schlechterdings nothwendig.

Fr. 3. §. 4 de hered. inst. 28, 5.
C. 3 de jure delib. 6, 30.
C. un. §. 1 de caducis tollend. 6, 57.
Donellus, l. c. §. 5. Vol. 4. pag. 72.

Nach Justinianeischem Rechte aber ist dieses in
C. un. §. 5 de caducis tollend.
aufgehoben und mit ausdrücklichen Worten verordnet: „etiam clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, censemus" etc. Hiernach ist die Mittheilung und Einsicht des Originaltestamentes zu einer verbindlichen positiven oder negativen Erklärung des Erben nur alsdann erforderlich, wenn der Erbe nicht schon auf andere Weise hinlängliche Kenntniß von der Einsetzung erhalten hat, z. B. wenn der Testator das Testament den Zeugen hat vorlesen lassen und der Erbe dabei gegenwärtig gewesen ist, oder die Zeugen es ihm gesagt haben.

Donellus, l. c. pag. 72.

Kann nun selbst der Erbe sich über die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft erklären, wenn er entweder selbst von dem Inhalte des letzten Willens etwas weiß, oder ihm derselbe auf andere Weise bekannt geworden ist,

vergl. Bucher, System der Pandekten 3. Ausg. §. 437.

so muß dies, zufolge des Schlusses a majori ad minus, noch viel mehr beim bloßen Legatare gelten.

Hinsichtlich des anderen von den vorigen Urtheilsverfassern gerügten Mangels der rechtsgiltigen Ausschlagung des fraglichen Legates, daß sie nämlich zu einer Zeit geschehen sei, wo der Testamentserbe die Erbschaft noch nicht angetreten gehabt, kommt in Betracht, daß der Legatar das Recht auf das Legat selbst erwirbt, sobald dies legati cessit, bekanntlich aber ein unbedingtes Vermächtniß sogleich im Augenblicke des Todes des Erblassers erworben wird. Mit diesem Erwerbe

des Rechtes auf das Legat ist freilich der Erwerb derjenigen Rechte nicht zu verwechseln, welche den Gegenstand des Legates ausmachen, denn dieser setzt voraus, diem etiam venisse, quo legatum peti potest, und dieses ist in der Regel erst nach angetretener Erbschaft der Fall.

Vergl. Kanopack, Institut. des röm. P.-R. 2. Ausg. §. 393.

Mackeldey, Lehrb. d. heut. röm. Rechts 7. Aufl. § 712 f.

Sobald aber das Recht auf das Legat vom Legatar erworben ist (simulac dies legati cessit), stehet es ihm frei, das Legat auszuschlagen, in welchem Falle es so angesehen wird, als habe er nie ein Recht daran gehabt.

fr. 38. §. 1. fr. 44. §. 1. fr. 86. §. 2 de legat. 1.
fr. 18 de acquir. vel amitt. hered. 29, 2.
Vergl. mit Donellus, l. c. lib. 8. cap. 18. §. 20. (Vol. 4. p. 487.)

Zwar könnte es scheinen, daß dieser Rechtsgelehrte in §. 9. cap. 18 cit. zum rechtsgiltigen Erwerbe oder Ausschlagen des Legates auch die erfolgte Antretung der Erbschaft voraussetze; allein daß er dieses bloß davon verstehe, das gehörig deferirte, vor der Antretung bereits erworbene Legat könne nicht antequam dies legati venerit, also nicht vor der wirklichen Antretung des Erben gefordert werden, — ergibt sich deutlich aus den Worten: „Ideo nec ante legatum (i. e. res legato comprehensas, nicht aber jus legati ipsum) ad legatarium pertinere placet etc. . . . detrahatur id, quod in alium conferatur", noch mehr aber aus den von ihm angeführten Gesetzstellen.

In dem vorliegenden Falle könnte eingewendet werden, daß hier van dem Legate einer Nutznießung, alsa von einem nicht auf die Erben des Legatars übergehenden Vermächtnisse die Rede sei, welches erst in dem Augenblicke deferirt werde, in welchem der Erbe die Erbschaft angetreten habe.

fr. 2. 3. 8 quando dies legator. vel fideicomm. cedat 36, 2.
fr. un. § 2 quando dies ususfr. legati cedat 7, 3.
C. 2. §. 6 de cadacis tollend. 6, 51.

Dieser Einwand schwindet jedoch gleichfalls, da der Onerirte ein Sohn des Erblassers, also heres necessarius desselben ist, bei welchem der Grundsatz des

§. 2 Inst. de hered. qualit. et differ. 2, 12 und
§. 3 Inst. de hered. quae ab intest. 3, 1.

in Anwendung kommt.

Erk. der Jur.-Facult. zu Erlangen (für OAG. Jena) vom Monat Juli 1828, in S. Schumann c. Jäger.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 339.

Präjudiz 3.

Die Erben des Gastwirths J. F. Kleim zu Brökel hatten sich, obschon bei dem Tode ihres Vaters ein von diesem errichtetes, von ihm selbst ex deposito judiciali zurückgenommenes, aber völlig unverletztes Testament vorgefunden war, dahin geeinigt, den Nachlaß ihres Vaters als Intestaterben zu theilen. Der Gastwirth Simon Kleim, einer dieser Erben — welcher bei dem Abschlusse des fraglichen Vertrags im Concurse befangen gewesen, demselben aber unter Zustimmung seines Curators beigetreten war — erhob später gegen seine Miterben eine Erbschaftstheilungsklage, welche sich auf das gedachte väterliche Testament stützte, indem sie den zwischen den Erben geschlossenen Vertrag als ungiltig und unverbindlich darzustellen suchte.

Das OAG. zu Celle wies mittelst Erkenntnisses vom 8. Juni 1852 — im Einklang mit der Entscheidung der vorhergehenden Instanz — die erhobene Klage zurück. Das genannte Gericht ging dabei van der Voraussetzung aus, daß dem Kläger seinen eigenen Angaben zufolge die Existenz des väterlichen Testaments bekannt gewesen sei, und entschied dann folgendergestalt weiter:

Der Kläger kann die Giltigkeit des Vertrags mit dem Einwande, daß sein Concurscurator und er selbst bei dem Abschlusse, resp. der Genehmigung des Vertrags den Inhalt des vorhandenen Testaments nicht gekannt hätten und von der Rechtmäßigkeit desselben nicht überzeugt gewesen seien, nicht anfechten, weil jeder der Contrahenten, falls er bei dem Abschließen des Vertrages von dem Dasein des Testamentes unterrichtet war, damit auch wußte, daß der Erblasser über den Nachlaß testamentarisch verfügt hätte, und wenn er nichtsdestoweniger den fraglichen Vergleich einging, dadurch auch unzweideutig seinen Mitcontrahenten gegenüber die Verfolgung der aus den testamentarischen Verfügungen ihm etwa zustehenden Rechte aufgab. Folglich kann unter jener Voraussetzung nicht mehr von einem Irrthum über den Gegenstand des Vertrags, und ebensowenig von dem Mangel des zu einem Verzicht gehörenden Willens und der Bewußtheit des Verzichtenden die Rede sein.

Wenn aber ein Irrthum über die Rechtsbeständigkeit des Testaments zu dem Vertrage Veranlassung gegeben hat, so gibt dieser Irrthum in den Beweggründen dem Kläger ebenfalls kein Recht, die Giltigkeit des Vertrages anzugreifen.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 304.

Präjudiz 4.

Das LG. zu Wolfenbüttel sprach hierüber in der A.-S. Häseler c. Poppe unterm 9. Juli 1833 Folgendes aus:

In Erwägung, daß eine ungiltige letztwillige Disposition durch Anerkennung von Seiten des Erben Giltigkeit erlangt,

L. 16. §. 1 C. de testam. 6, 23.
L. 2. L. 23 C. de fideic. 6, 42.

und deren Befolgung auch van den Erben des Letzteren erzwungen werden kann, so wird 2c.

und in derselben Sache unterm 12. Nov. 1833 Folgendes:

Das von den Verklagten am 4., resp. 6. Jan. 1831 vollzogene, von ihnen anerkannte Document enthält die Erkläeung:

daß die Verklagten mit der Disposition des Kaufmanns Friedrich Häseler vom 10. Aug. 1828, krafe welcher derselbe der Klägerin die Summe von 2500 Thlr. Gold vermacht habe, ganz zufrieden seien, daß solches damit bescheinigt und durch eigenhändige Unterschrift bekräftigt werde.

Allerdings waren Verklagte zur Zeit der Ausstellung des Documents nach nicht Erben des Kaufmanns Friedrich Häseler geworden, und würde die obige Erklärung, die Anerkennung der Giltigkeit des Legats, falls die Erbschaft niemals auf sie übergegangen wäre, keine selbständige Verbindlichkeit für die Beklagten hervorgebracht haben. Nachdem aber Verklagte die Erbschaft der Schwestern Häseler acquirirt haben, und sie nunmehr auch als Erben des Friedrich Häseler zu betrachten sind,

L. 7. §. 2 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
L. 3 D. de hered. pet. 5, 3.

so hat jene Anerkennung die Wirkung, daß Verklagte die Rechtsgiltigkeit des Legats zu bestreiten nicht weiter befugt sind. Der von ihnen aus der Unförmlichkeit der Disposition entnammene Einwand steht mit der früheren Erklärung, welche von den Verklagten als muthmaßlichen Erben der Schwestern Häseler, und somit auch des Friedrich Häseler augenscheinlich zu keinem anderen Zwecke erfolgt ist, als dem, um die Zweifel, welche gegen die formelle Giltigkeit der Disposition erhoben werden könnten, im Voraus zu beseitigen, und der Klägerin darüber eine beweisende Urkunde zu überliefern, in offenbarem Widerspruche. Der vorgebrachte Einwand verstößt also gegen den guten Glauben, folglich erscheint er ungerecht, und folglich kann er mit der replica doli zurückgewiesen werden.

L. 1. §. 1. L. 2. §. 3 u. 5 D. de doli mali except. 44, 4.
L. 36 D. de verb. oblig. 45, 1.

Zur Entscheidung des vorliegenden Falles bietet insbesondere die

L. 7. §. 18 D. de pact. (2, 14) verb.: idem probat, si filius etc.

eine treffende Analogie dar, und gleichwie, wenn der Sohn bei Lebzeiten des Vaters mit den Gläubigern des Letztern einen Remissionsvertrag abschloß, den Creditoren, welche nach dem Ableben des Vaters von dem Sohne das Ganze fordern, die exceptio doli entgegensteht, — so kann auch in dem gegenwärtigen umgekehrten Falle, wenn vor Erwerbung der Erbschaft eine darauf haftende Schuld als richtig anerkannt ist, nachdem die Erbschaft acquirirt worden, die Giltigkeit der Schuld nicht abermals bestritten, vielmehr die Einrede mit der replica doli elidirt werden.

Das OAG. wies die Appellation gegen dies Erkenntniß unterm 10. Febr. 1834 zurück, aus folgenden Gründen:

Da die der Anerkennungsurkunde des fraglichen Vermächtnisses, in welcher Verklagte mit demselben ganz zufrieden zu sein erklären, entgegengesetzte Einrede, dieselbe als dritte bei der Sache unbetheiligte Personen, mithin ohne eine daraus für sie resultirende Verbindlichkeit ausgestellt zu haben, offenbar unzulässig ist, weil sowohl die, ohne Zweifel auf Verlangen der Klägerin, der sie solche von freien Stücken nicht entgegengebracht haben dürften, geschehene Ausstellung derselben von Seiten der **Verklagten**, als deren Empfangnahme von Seiten der Klägerin, ohne Berücksichtigung der künftigen Erbfolge der Verklagten, jeder vernünftigen Veranlassung und Zwecks entbehren würde, und solches umsoweniger anzunehmen ist, als die Verklagten den Anfall der Erbschaft des Vermächtnißgebers mittelbar durch Beerbung der Schwestern desselben ab intestato zu erwarten, auch nach allen Umständen, daß ihnen solche entzogen werde, auf keine Weise zu fürchten hatten; daher denn mit jener Erklärung kein anderer Sinn und Absicht, als eintretenden Falls das Legat zahlen zu wollen, verbunden werden kann;

diese Berücksichtigung und Absicht auch selbst durch die fernere Schutzrede der Verklagten, die Anerkennung bloß deshalb ausgestellt zu haben, um durch deren Verweigerung den Hausfrieden und die Ruhe ihrer Tanten nicht zu stören, bestätigt wird, weil solche Verweigerung ohne Beziehung auf künftige Prästation des Legats durch sie als demnächstige Erben, jene nicht würde haben beunruhigen können, worin demnach das Geständniß der vorausgesetzten Genehmigung des Legats auch von Seiten dieser, und des Bewußtseins liegt, daß sie ihre Erblasserinnen durch Nichtbefolgung des Willens des Erblassers derselben gekränkt haben würden;

die von den Testaments- oder Intestaterben erfolgte Genehmigung einer letztwilligen Verfügung aber, auch da, wo diese nicht durch die Gesetze unterstützt wird, klaren Gesetzen nach, zu deren Befolgung verbindlich macht,

L. 16. §. 1 C. de testam.

wobei eine mittelbare oder unmittelbare Erbfolge keinen Unterschied macht, indem der Erbe des Erben auch als Erbe des Erblassers des ersteren gesetzlich zu betrachten, und als solcher gehalten ist, nicht bloß dessen Verbindlichkeiten, sondern auch die von demselben getroffenen Verfügungen, sie mögen an sich rechtlich verpflichtend, oder solches für ihn durch deren Anerkennung geworden sein, zu erfüllen; hiernächst von einem der Acceptation bedürfenden Vertrage, oder von einer Renunciation noch nicht zugestandener Rechte keine Folgerungen zu entnehmen stehen, da die Befolgung einer in nicht rechtsgiltiger Form hinterlassenen Verordnung, sowie die in der Agnition enthaltene Zusicherung derselben, als ein einfacher und einseitiger Act der Gewissenspflicht gegen den Verstorbenen und dessen letzten Willen,

L. 2 C. de fideicomm.

weder die Grundlage eines Contracts, noch die einer Entsagung von Rechten, und ebensowenig eine Acceptation erforderlich macht, indem die desfallsige Erklärung schon durch das Gesetz verbindlich wird, wiewohl auch die Acceptation der Klägerin, wo nicht schon aus der ohne Zweifel voraufgegangenen Anforderung, doch aus der Empfangnahme und Aufbewahrung der Urkunden hervorgehen würde, endlich in jener Anerkennung kein Vertrag über die Erbschaft der unmittelbaren, damals noch lebenden Erblasserin der Verklagten enthalten ist, da dieselbe vielmehr lediglich auf den Nachlaß des vorverstorbenen Vermächtnißgebers Beziehung hat, umsoweniger also die Verordnungen des römischen Rechts wegen Ungiltigkeit der Verträge über Erbschaften bestimmter noch lebender Personen Anwendung finden können;

solchemnach die replica doli vollkommen begründet ist, so wird 2c.

Testamente, deren Inhalt — die Willenserklärung.

Schrader, Abh. aus dem Civilr. Bd. 1. Nr. 3. § 3.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 447 f.
Gans, Erbrecht Bd. 2. S. 158 f.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 433 f.

I.

Daß eine letztwillige Disposition, einerlei, ob Erbeinsetzung oder Vermächtniß, nicht von der bloßen Willkür eines Andern als des Honorirten abhängig gemacht werden könne, war bei den Römern allgemein anerkannt, L. 32 pr. de hered. inst. 28, 1, und zwar war es in Beziehung auf Vermächtnisse einerlei, ob die Willkür des Onerirten entscheiden solle, oder die eines Dritten.

Gewöhnlich unterscheidet man aber von der bloßen Willkür:

A. die willkürliche Handlung, denn von dieser konnte die letztwillige Disposition abhängig gemacht werden, z. B. si in Capitolium adscenderit, L. 23. §. 2. L. 68 de hered. inst.

B. das billige Ermessen, arbitrium boni viri, denn von diesem kann die letztwillige Disposition abhängig gemacht werden, L. 75 pr. de leg. I. L. 1. §. 1 de leg. II. L. 11. §. 7 de leg. III.

C. Ueberhaupt soll der fremde Wille nur dann nicht entscheiden dürfen, wenn die Existenz der Disposition davon abhängig gemacht war, wogegen z. B. die Zeit der Auszahlung der Willkür des Onerirten giltig überlassen werden konnte. Auch konnte man dem Onerirten aufgeben, unter mehren Genannten den Honorirten auszuwählen, und ebenso konnte die Bestimmung des Objects der Willkür eines Andern giltig überlassen werden. Vergl. L. 46. §. 4 de fideicomm. libert. L. 24. §. 2 de leg. II. L. 7. §. 1 de reb. dub. L. 110 de leg. I. L. 3. §. 1 C. commun. de leg. 6, 43.

Diese Möglichkeit, von der willkürlichen Handlung eines Andern die Disposition abhängig zu machen, gehört in der That zum vollständigen Inbegriff der durch letztwillige Anordnungen mit Rücksicht auf die Umstände zu erreichenden Zwecke.

Während für das praktische Recht soweit Alles klar ist, erregen drei Gesetze, sämmtlich von Ulpian (L. 1 pr. D. 31. L. 43. §. 2 D. 30. L. 46. §. 2 D. 40, 5) Schwierigkeiten, indem man darin Widersprüche gegen die Grundregeln gefunden, und die vielfältigsten Versuche zur Hebung derselben gemacht hat*).

Streitig ist, wie die in der Note angegebenen Gesetze zu vereinigen seien.

Die Glosse zu L. 1 pr. D. de leg. II. ad verb. „conditio" recensirt die Erklärungen der beiden Glossatoren Johannes Bossianus und Rogerius. Jener erklärt das in arbitrium alterius conferre legatum von einem arbitrium boni viri, weil davon gleich nachher §. 1 die Rede sei, und veluti conditio sei soviel, als in vim conditionis. Nach dieser Ansicht sei

*) Die Gesetze lauten:

L. 1 pr. D. de leg. I: In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest. Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit?

L. 43. §. 2 D. de leg. II.: Legatum in aliena potestate, in heredis non ponipotest.

L. 46. §. 2 D. de fideicommissar. libertatib. 40, 5: Sed et si ita adscriptum sit: Si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset si Titius Capitolium ascenderit.

kein Unterschied, ob man sage: si Titius in Capitolium ascenderit, oder si Titius voluerit. Beides gelte. Rogerius hingegen versteht die Worte: Quid enim interest, so: Aliquid enim interest. Der Sinn sei also der: ein Legat könne nur als eine Bedingung in eines Andern Willen verstellt werden. Denn es sei allerdings ein Unterschied, ob man legire: si Titius in Capitolium ascenderit, oder si voluerit.

Siehe hiergegen

Bartolus ad L. 40 D. de part. et ad L. 1 D. de leg. II.

Guido Pancirolli thesaur. variar. lection. utriusque juris lib. 3. cap. 5.

Vacarius in seiner Glosse zu L. 1 cit. versteht den Ulpian so: es sei zwar kein Unterschied zwischen den von ihm angeführten Beispielen, quantum ad figuram conditionis et suspensionis effectum, wohl aber quantum ad vim et potestatem, quia si ascenderit Titius, est in mora (sc. heres) et valet legatum, si noluerit, non est in mora, immo statim non valet.

Andere nehmen an, die Worte „si Titius voluerit" könnten auf zweierlei Art erklärt werden, nämlich der Testator habe mit diesen Worten entweder Alles in den Willen des Titius gestellt, so daß derselbe arbiter et quasi dator legati sein solle; dies sei ungiltig, und davon spräche Modestinus in L. 52 D. de condit. et demonst., oder es wären diese Worte vom Testator für eine Bedingung genommen, so daß sie den Sinn hätten: si forte acciderit aliquando, ut id Titius velit; und hier sei das Legat so giltig, als wenn auf die versteckte Art: si Titius Capitolium ascenderit, dasselbe in den Willen des Titius wäre gestellt worden. So habe denn Ulpian mit Recht sagen können, es sei kein Unterschied: si Titius Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, id est, quasi conditio. Auf gleiche Weise sei nun auch die andere Stelle des Ulpian zu verstehen, wenn er sage: legatum in aliena voluntate, nämlich quasi conditione, poni posse. Dieses sage sogar Ulpian in der dritten Stelle, L. 46 cit., ausdrücklich. Es komme ja bei Bedingungen Alles auf den Willen des Testators an, dieser könne daher etwas zu einer Bedingung machen, was auch an sich keine sei, z. B. einen dies certus. Der Testator müsse nur seine Absicht deutlich erklären. Die Folge sei nun die, daß Titius noch bei seinem Leben seine Einwilligung erklären müsse. Es komme daher hier noch auf das Eintreten einer Thatsache an; sterbe daher Titius, ehe er seine Einwilligung erklärt habe, so gehe das Legat wie in jedem anderen Falle einer nicht eingetretenen Bedingung zu Grunde.

Cujacius, obs. lib. 2. c. 2.

Bachovius ad Treutler. Vol. II. disp. 13. th. 6. lit. D.

Fachinaeus, controv. jur. lib. 5. c. 58.

Gothofredus, Comm. in tit. Pand. de divers. reg. jur. ad L. 195. 28. 1. pag. 761.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. c. 25.

H. v. Oroz, de apicib. jur. civ. lib. 2. c. 9. p. 147.

Andere verstehen den Ulpian so: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest, das heiße: si ita adscriptum fuerit: si tertius aliquis fuerit arbitratus, si putaverit, si aestimaverit, si utile illi fuerit visum. Ein solches Legat sei giltig, quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed quasi viro bono commissum relictum. Damit nun aber der von Ulpian beigefügte Grund passe, so erkläre man das quid enim interest, durch quantum enim intereat.

H. Donellus, Comm. jur. civ. lib. 8. cap. 15. §. 3—8.

O. Hilliger, Donellus enucleat. lib. 8. cap. 15 in notat. lit. F. p. 645 et cap. 32 notat. lit. P. p. 741.

Andere behaupten, es sei keineswegs Ulpian's Meinung, die von allen Rechtsgelehrten angenommene Regel, daß ein Legat nicht in den bloßen Willen eines Dritten gestellt werden könne, aufzuheben, sondern Ulpian habe diese Regel in der L. 1 pr. de leg. II. bloß limitirt, nämlich so, daß ein Legat giltig in die Willkür eines Dritten gestellt werden könne, wenn es unter der Bedingung geschehe, daß ein Dritter eine in seiner Willkür stehende Handlung vornehme, z. B. Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit. Die folgenden Worte: „quid enim interest etc." wollten soviel sagen, als: wenn es auch wohl in des Dritten Willkür stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle oder nicht. Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, nämlich ascendere, und so werde doch das Legat auf diese Art nicht in die bloße Willkür des Dritten geradezu gestellt; nur dieses sei ungiltig. Die übrigen Stellen des Ulpian werden dann von einem arbitrio boni viri verstanden.

Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 39. §. 28—32

Andere wollen gar keinen Streit zwischen Ulpian und den übrigen römischen Juristen stattfinden lassen. Ulpian habe sich nur nicht deutlich genug ausgesprochen. Darum habe sein Schüler Modestinus die Meinung seines Lehrers, welche ihm doch am besten bekannt sein mußte, deutlicher erklärt. Wenn nun Ulpian sage in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest, so heiße dies nichts anders, als ein Legat könne in den Willen eines Andern ebenso gestellt werden, wie eine Bedingung eines Andern Willen überlassen werden könne. Eine Bedingung könne nun aber nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend in eines Andern Willen gestellt werden. Es könne also auch ein Vermächtniß, wie Modestinus ausdrücklich sage, nur stillschweigend, nicht aber ausdrücklich, in eines Andern Willen gestellt werden. Es sei nun etwas ganz Anderes, das Vermächtniß selbst in eines Andern Willen zu stellen, als die Bedingung desselben eines Andern Willen zu überlassen. Beides habe Ulpian in unserm Gesetze unterschieden. Das Legat werde nämlich in den Willen eines Andern gestellt: wenn das Vermächtniß selbst geradezu von dessen Einwilligung abhängig gemacht werde, die Bedingung aber: wenn eine Handlung von eines Andern Willen abhängen solle, wodurch das Legat suspendirt werde, wie z. B. lego tibi centum, si Cajus in Capitolium ascenderit. Hier sei die Bedingung dem Willen des Cajus überlassen. Heiße es aber so: lego tibi centum, si Cajus voluerit, so sei das Vermächtniß selbst von dem Willen des Cajus abhängig gemacht worden. Es sei also gewiß, daß eine Bedingung

ie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend ines Andern Willen überlassen werden könne. Das Legat könne aber theils ausdrücklich, theils stillschweigend in den Willen eines Andern gestellt verden. Ausdrücklich, wenn ich sage: lego Titio entum, si Cajus voluerit, stillschweigend auf die Art: nisi Cajus noluerit, d. h. wenn Cajus nichts dagegen habe, wenn er nicht, sobald er könne, widersprehen würde; auch so: cum Cajus voluerit, wann er vill. Denn durch ein solches Legat werde eine Zeit usgedrückt, und stillschweigend liege darin eine Bedingung. Nur in jenem Falle sei das Legat ungiltig, n diesem aber giltig. Dies sei auch Ulpian's Meinung n den Worten: In alterius arbitrium conferri legatum, eluti conditio, potest, welche er nur etwas zu kurz nd dunkel ausgedrückt, Modestinus aber deutlicher erlärt habe. Die übrigen Worte: quid enim interest tc. seien nun keineswegs so zu verstehen, als ob in echtlicher Hinsicht kein Unterschied sei, ob dem Vermächtniß die Formel: si in Capitolium ascenderit, oder ie: si voluerit, sei beigefügt worden. Nein, zwischen eiden sei ein großer Unterschied, und dies habe Ulpian wohl gewußt. Die Worte quid enim interest müßten lso ganz anders verstanden werden. Ulpian habe diese Worte hinzugefügt, um dadurch zu erklären, was er orher etwas zu dunkel ausgedrückt habe. Es hätten ämlich Zweifel entstehen können, wie eine Bedingung n eines Andern Willen gestellt werden könne, so daß ie von einem in die Willkür eines Andern gestellten egate selbst unterschieden sei. Zu dem Ende habe er in Beispiel von einer solchen Bedingung beigefügt, eren Ereigniß von eines Andern Willkür abgehangen abe, nämlich: si Titius in Capitolium ascenderit, dasselbe, was auch Modestinus angeführt habe. Um nun u zeigen, daß diese Bedingung wirklich in die Willkür es Titius gestellt worden, sage er, es sei kein Unterhied, ob das Legat mit dem Zusatz: si Titius in Capitolium ascenderit, oder so: si voluerit, hinterlassen sei. Hiermit wolle er also nur andeuten, daß insofern kein Unterschied zwischen beiden Formeln stattfinde, als es ei der einen sowohl wie bei der andern auf den Willen des Titius ankomme. In Rücksicht auf die Giltigkeit der Vermächtnisse sei hingegen zwischen beiden Fällen ein großer Unterschied. Denn das Legat mit em Zusatz: si Titius voluerit sei ungiltig, weil hier er Wille des Titius zur ausdrücklichen, in dem andern Zusatz aber nur zu einer stillschweigenden Bedingung emacht sei. Daß diesen Unterschied auch Ulpian selbst nerkannt habe, lasse sich aus L. 46 cit. erkennen. Hier stelle Ulpian aus besonderer Begünstigung der Freiheit, zuerst gegen die Regel, nach welcher kein Legat n den bloßen Willen des Erben gestellt werden könne, en Satz auf: daß eine libertas fideicommissaria davon ine Ausnahme mache. Dann werfe er die Frage auf: b auf gleiche Weise eine libertas fideic. in den Willen ines Andern gestellt werden könne? Hier äußere sich Ulpian zweifelhaft: mihi videtur posse dici valere bertatem. Woher diese zweifelhafte Fassung? Warum enügte ihm nicht schon die Begünstigung der Freiheit? Warum mußte noch ein anderer Grund zu Hilfe genommen werden, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit. Wenn man dieses Alles erwäge, so lasse sich wohl daraus mit Grund annehmen, daß Ulpian bei einem anderen Legate ganz anders entschieden haben werde.

J. Averanius, interpret. juris lib. 2. cap. 22. pag 259 sq.
Westphal, Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. 1. §. 331. S. 257.

Andere nehmen keinen Widerspruch an aus folgenden Gründen: Es lasse sich überhaupt schon bei Ulpian, den man vorzugsweise den Praktiker unter den römischen Juristen nennen könnte, eine so singuläre Ansicht nicht annehmen. Wie sehr aber Ulpian mit der gemeinen Meinung übereinstimme, erhelle gerade aus L. 46. §. 2 D. de fideic. libert., wo er den Satz, daß es vergönnt sei, in alterius arbitrium ein Fideicommiß zu hinterlassen, elegant so einkleide: der fremde Wille wäre dann mehr als eine Handlung zu betrachten (quia conditio potius est, quemadmodum mihi legatum esset, si Titius in Capitolium ascenderit). Demzufolge sei das princip. der L. 1 nur allein durch den §. 1, dem es voranstehe, erklärbar. Ulpian habe nämlich aussprechen wollen, ein arbitrio tutorum dem Mündel hinterlassenes Legat sei weder bedingt noch betagt, da, wenn von einem Ermessen im Testament geredet werde, darunter billiges Ermessen zu verstehen sei, dieses nur den Umfang, nicht den Erwerb des Legats festsetze, und ein tüchtiger Vormund das Quantum sogleich in billiger Berücksichtigung der Größe der Erbmasse bestimme. Um diesen Satz, um den es ihm allein zu thun gewesen, desto mehr hervorzuheben, habe er, als Zweifelsgrund, den Satz vorausgehen lassen, ein legatum in arbitrium alterius collatum sei ein bedingtes Vermächtniß. Es sei hier von keinem ungiltigen Vermächtnisse die Rede, dergleichen z. B. nach der L. 52 D. de condit. et demonstr. ein solches sei: Maevio, si Titius voluerit, do lego. Nein, die von Ulpian gewählten Beispiele: si Titius in Capitolium ascenderit, und si voluerit, welches Bruchstücke aus einer gewöhnlichen Vermächtnißformel wären, deuteten auf ein giltiges Vermächtniß. Denn es verrathe eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandektenfragmenten üblichen Sprache, wenn man, wie gewöhnlich, das si voluerit so verstehe, als stünde: si Titius voluerit. Man müsse sich vielmehr hier den Legatar denken, von dessen Willkür der Erwerb eines Vermächtnisses mit der Wirkung abhängig gemacht werden könne, daß das sonst ipso jure angefallene Legat in ein bedingtes verwandelt werde. Ulpian's Ideengang sei nun ganz einfach dieser:

„Man kann in arbitrium einer dritten Person mit der Wirkung einer Bedingung ebensogut ein Legat stellen, als in arbitrium des Legatars. Was die aufschiebende Bedingung betrifft, stehen sich beide Arten der Vermächtnisse vollkommen gleich. Es ist also gleichviel, ob mit der Formel legirt wird: Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit, do lego, oder so: Maevio, si voluerit. Beide Vermächtnisse involviren ein bedingtes Legat, und dennoch ist das Legat arbitrio tutorum nicht bedingt.“

Dieser Ideengang sei um so natürlicher, da wegen der Repräsentation der Pupillen durch den Vormund Zweifel habe entstehen können, ob das Legat arbitrio tutorum zu den von dem Willen eines Dritten, oder dem des Legatars abhängigen zu zählen sei.

Neustetel im civil. Archiv Bd. 3. S. 94 f.

Andere meinen, jetzt sei man allgemein einverstanden, daß in den allegirten Gesetzen kein Widerspruch vorliege, und Ulpian in L. 1 pr. de leg. II. gegen den allgemein anerkannten Unterschied zwischen dem reinen Belieben (voluntas, L. 75 pr. de leg. I. L. 46. §. 2 de fideic. libert.) und der willkürlichen Handlung eines Andern (si Capitolium ascenderit) nicht Opposition mache, sondern eben nur die indirecte Möglichkeit, eine Honorirung von dem Willen eines Andern in der That abhängig zu machen, bejahe, damit aber nicht auch die directe habe behaupten wollen. Ulpian gehe in der L. 1 cit. von dem Satze aus, ein Legat könne von dem Willen eines Andern abhängig gemacht werden, und die folgenden Worte quid enim etc. seien dazu bestimmt, diesen Satz zu rechtfertigen, indem der Einwand möglich gewesen, derselbe widerstreite geradezu dem anerkannten Rechtssatze, daß das Legat „si Titius voluerit" ungiltig sei. Hätte Ulpian einem solchen Einwand auf die Weise begegnen wollen, wie dies etwa ein heutiger Jurist gethan hätte, so würde er sich ungefähr in folgender Weise ausgedrückt haben: „Die Gegner schieben mir etwas unter, was ich nicht gesagt habe; ich habe nämlich nicht behauptet, daß jedes, auf irgend eine Weise in den Willen eines Dritten gestellte Legat giltig sei, sondern nur, daß man ein Vermächtniß von dem Willen eines Dritten abhängig machen könne. Sie hätten also, um mich zu schlagen, beweisen müssen, daß nur das allerdings ungiltige Legat: si Titius voluerit, und kein anderes auf den Willen eines Dritten gestellt sei. Ein solcher Beweis aber ist nicht möglich, denn das Legat: si Titius Capitolium ascenderit, hängt offenbar nicht weniger als das si voluerit, von dem Willen eines Dritten ab. Da man nun auf jene Weise vollkommen giltig legiren kann, so ist dadurch mein Satz, daß es möglich sei, ein Legat in den Willen eines Dritten zu stellen, von selbst gerechtfertigt."

Was nun die L. 43. §. 2 de leg. I. betrifft, so sei die voluntas aliena hier wiederum ebenso, als indirecte, gemeint. Wenn aber darin unterschiedsweise gelehrt werde: legatum in heredis voluntate poni non posse, so sei das von der damaligen Unstatthaftigkeit der poenae nomine relicta zu verstehen. Nachdem die poenae nomine relicta statthaft geworden, falle alle weitere Frage hierüber bei Seite.

Die L. 46. §. 2 de fideicomm. libert. endlich scheine am weitesten abzuweichen, sei aber sowohl durch die Fassung (mihi videtur dici posse) als durch den Inhalt, ex favore libertatis, als Ausnahme zu betrachten.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 432.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 447.
Francke, Notherbenrecht S. 66, Not. 23.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 644. Not. 5.
Sell, Versuche Bd. 2. S. 284.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 171. Not. 4.

Andere meinen, es sei ein unvereinbarer Widerstreit zwischen Ulpian und den drei citirten Gesetzen mit den übrigen römischen Juristen, und jeder Vereinigungsversuch sei vergeblich:

Schrader, Abhandlungen Bd. 1. S. 65. § 8.
Thibaut, System §. 800. Ausgabe 4. (Vergl. jedoch die spätern Ausgaben, wo Thibaut seine Meinung geändert hat.)

insbesondere könne der Grund, weshalb Erbeinsetzung und Legate nicht von dem bloßen Willen eines Dritten abhängig gemacht werden könnten, auf Fideicommisse nicht anerkannt werden. Diese könnten also geradezu vom Willen eines Dritten abhängig gemacht werden. Dies sage Ulpian in der L. 46. §. 2 de fideicomm. libert. ausdrücklich:

Schrader, l. c.
Puchta, Pand. §. 472. Not. 1.

und Andere meinen, es wäre consequent gewesen, das freie Recht der Fideicommisse auch auf Erbeinsetzungen nach L. 15 C. de test. auszudehnen, nur ständen dem die Eingangs citirten Stellen entgegen; auf die Legate aber werde man es, nachdem der Unterschied zwischen ihnen und den Fideicommissen hinweggefallen, wohl ausdehnen müssen.

Savigny, System Bd. 3. S. 134.

Siehe hiergegen

Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 4.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 912 Not. 838.

Siehe Vermächtnisse A. c. 5. Präj. 2.

II.

Streitig ist, ob die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Inhalt des Testaments weder direct der Willkür eines Andern anheim gegeben, noch von der Zustimmung desselben abhängig gemacht werden kann (L. 9. §. 9. L. 32 pr. L. 62. §. 1. L. 68 D. de hered. inst. 28, 1), nicht durch das canonische Recht, cap. 13 X. de testam. 3, 26 verb.: „qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus" aufgehoben sei.

Einige meinen, die Bestimmung des canonischen Rechts sei heutzutage völlig anwendbar, und dadurch das römische Recht aufgehoben; denn das Decretalschreiben des Papstes Innocenz III. sei in Gregor's IX. Decretalensammlung in der Absicht aufgenommen, um als Regel des gemeinen Rechts den Satz geltend zu machen: daß Jeder seinen letzten Willen, ohne selbst testiren zu dürfen, dem ganzen Inhalte nach der Verfügung eines Andern überlassen dürfe, ohne alle Rücksicht auf den speciellen Fall, worauf sich eigentlich die päpstliche Entscheidung bezogen habe. Im Mittelalter sei eine Verordnung des Cölner Conciliums von 1266 can. 7 erlassen, so sei ein Gewohnheitsrecht entstanden, und durch Aufnahme des cap. 13 X. in die Decretalensammlung sei mit klaren Worten eine Aenderung der römisch-rechtlichen Grundsätze ausgesprochen.

Schrader, Abhandl. aus dem Civilr. Bd. 1. S. 71
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 318.
Thibaut, System §. 951.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 454.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 464. Not. 7.
Neustetel im civil. Archiv Bd. 3. S. 100.
Mackeldey, Lehrb §. 653. Not. d.

Andere meinen das Gegentheil, aus folgenden Gründen:

1) Es könne kein Zweifel sein, daß das c. 13 cit. bloß die Geistlichen angehe; denn der davon getrennte, in c. 18 X. de verb. sign. 5. 40 befindliche erste Theil dieses Textes entscheide die Frage, ob auch canonici zu den Geistlichen gehörten, von denen das c. 13 spreche.

2) Es sei nur bei den Geistlichen Gewohnheit gewesen, daß sie die Verfügung über ihren Nachlaß und den ganzen Inhalt desselben der Verfügung eines treuen Freundes überlassen hätten, dessen Verfügung eben so giltig gewesen, als wenn dieselbe von dem Erblasser selbst durch ein Testament getroffen worden wäre. Diese Gewohnheit sei durch Conciliienbeschlüsse und Statute (cf. z. B. das gegenseits angegebene can. 7 des Cölner Concils) bestätigt. Diejenigen, welchen diese Verfügung vom Erblasser aufgetragen worden, hießen manufideles, testatores et ordinatores. Bei den Laien finde sich solche nicht; nur wenn sie ihren Nachlaß zu frommen Stiftungen verwendet wissen wollten, sei etwas Aehnliches vorgekommen, indem, wenn sie selbst nichts Näheres bestimmt hätten, die Bischöfe Executoren des letzten Willens gewesen seien. Der Grund, weshalb die Geistlichen, wenn sie nicht selbst testirten, die Verfügung über den Nachlaß Anderen überlassen hätten, sei theils, um ihren Nachlaß gegen die im Mittelalter so gewöhnlichen Ausplünderungen zu sichern, theils um den Bischof auszuschließen, wenn dieser durch päpstlichen Indult das Recht erhalten hätte, den Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Geistlichen seiner Diöcese einzuziehen und dann nach Gefallen darüber zu verfügen (jus spolii). Ein solches Privilegium habe auch der Bischof von Auxerre, an welchen das c. 13 gerichtet sei, erhalten. Um das bischöfliche Spolienrecht auszuschließen, hätten die Domherrn des Stifts Auxerre behauptet, erstens, sie wären nicht unter den clerici begriffen, von denen das päpstliche Privilegium spreche, canonici wären davon verschieden; dann, das Privilegium spreche auch nur von clericis ab intestato decedentibus; von Geistlichen aber, welche manufideles ernannt und Jemand mit der Verfügung über ihren Nachlaß beauftragt hätten, könne man nicht sagen, daß sie ab intestato stürben. Zur Beendigung dieses Streits zwischen dem Bischof und seinen Domherrn habe nun der Papst in dem c. 18 rescribirt, daß zwar in Ansehung der ersten Frage unter der Benennung clerici auch canonici begriffen wären, hinsichtlich der andern Frage aber, von dem, welcher seinen letzten Willen der Verfügung eines Andern überlassen habe, nicht gesagt werden könne, er sei intestatus gestorben. Hiernach enthalte das c. 13 bloß eine authentische Auslegung des dem Bischof von Auxerre ertheilten Privilegiums, wie aus den Anfangsworten deutlich hervorgehe, und die Entscheidung in den letzten Worten: quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus, beziehe sich auf die bereits bemerkte damalige Gewohnheit der Geistlichen, manufideles zu ernennen und ihrer Verfügung die Verwendung ihres Nachlasses zu überlassen, ohne selbst darüber eine Bestimmung zu treffen. Eine solche Anordnung des Nachlasses durch manufideles sei nach canonischem Rechte auch von Wirkung gewesen. Der Papst habe aber bei seiner Entscheidung nicht die Absicht gehabt, das römische Recht abzuändern, und habe sie nicht haben können, da er nach einem damals längst bestehenden, aber doch nur bei der Geistlichkeit gebräuchlichen Gewohnheitsrechte entschieden habe.

Heimbach im Rechtslexikon Bd 10. S. 909.
Glück, Innocentius III. in c. 13 X. de testam.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 1 f.
Schweppe, röm. Priv.-R. §. 800. S. 79.
v. Vangerow, Pand. Bd 2 §. 432.
Sintenis, Civilrecht §. 171. Not. 3.
Savigny, System Bd. 3. S. 133.
Beseler in der Zeitschr. f. deutsch. R S. 193.
Puchta, Vorlesungen Th. 2. S. 341.
Höpfner, Instit. §. 488. Not. 5.
Günther, princ. jur. civ §. 728.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 550.

Andere meinen, es bestehe eigentlich gar kein Widerspruch zwischen dem römischen und canonischen Rechte. Das canonische Recht verordne allerdings, daß man auch die Erbeinsetzung dem Willen eines Dritten überlassen könne, z. B. is mihi heres esto, quem Titius voluerit. Allein dies sei so zu verstehen: in alienam voluntatem, quasi in conditionem, und dies sei ebensoviel, als wenn der Testator gesagt hätte: si evenerit, ut quandoque Titius declaret, quem optet, mihi heredem esse, sowie in der L. 1 pr. de leg. II. gesagt werde, es könne ein Legat in den Willen eines Andern gestellt werden. Dieses sei die Meinung des Papstes Innocenz III., welcher das Civilrecht nicht habe abändern wollen.

Cujacius, Comm. in tit. 26. lib. 3 Decretalium de testam. c. 13.

Präjudiz 1

Sowie der Erblasser überhaupt und in Folge der in der Praxis anerkannten Bestimmung des canonischen Rechts,

cap. 13 X. de testam.
Thibaut, System § 800.
Archiv für civil. Praxis Bd. 3. S. 100.

die Befugniß hat, sogar die Erbeinsetzung der Willkür eines Dritten anheimzustellen, so ist er auch berechtigt, die Regulirung der Nachfolge und die Vertheilung des Nachlasses unter seine Erben einem Andern zu übertragen.

Voet ad P. X. 20. §. 5.

Dieserhalb, und da ferner 1) die Verfügung des Vaters über die Vertheilung seines Nachlasses unter die ihm als Intestaterben succedirenden Kinder, — wie ein Testament der Eltern unter Kindern nach dem auf die

Notarialordnung von Testam. § 2.

gegründeten Gerichtsgebrauche auch mündlich vor 2 Zeugen errichtet werden kann, und 2) die Bestimmung eines Anerben in einem Meierhofe an sich an keine besonderen Förmlichkeiten gebunden, auch als letztwillige Verfügung der amtlichen Bestätigung nicht unterworfen ist: so ist eine Verfügung, durch welche ein Hofbesitzer in Gegenwart von 3 männlichen oder weiblichen Zeugen seiner Frau die Befugniß ertheilt hat, den künftigen Anerben des Hofes unter den mehren Söhnen zu ernennen, für rechtsbeständig erklärt, und demzufolge der Hof demjenigen der Söhne, welchem die Mutter denselben im Beisein mehrer Zeugen zugetheilt hatte, zuzusprechen.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 22. Dec. 1831, in S. Ahlbrecht c. Ahlbrecht.

III.

Soviel das billige Ermessen, das arbitrium boni viri betrifft, von welchem die letztwillige Disposition abhängig gemacht werden kann, so streitet man über die Bedeutung und den Umfang der in L. 73 pr D. de leg. I. L. 1. §. 1. L. 24 D. de leg. II. L. 11. §. 7 D. de leg. III. L. 46. §. 2 u. 3 D. de fideicomm. libert. 40, 5 gegebenen Regel.

Einige erwähnen die beiden letzten citirten Stellen neben L. 43. §. 2 D. de leg. I. zum Beweise des Satzes, daß ein an die Bedingung der Einwilligung des Erben geknüpftes Legat ungiltig sei, da die darin vorkommenden Ausdrücke: si justum putaverit, si aestimaverit, nur als nichtssagende Höflichkeitsformen, nicht als Bedingung ausgelegt, und so die Legate unter solchen aufrecht erhalten worden seien. Es wird also der Unterschied zwischen nuda voluntas und arbitrium boni viri ignorirt, und mithin völlig in Abrede gestellt.

Savigny, System Bd. 3. S. 132 f. Not. k.
Puchta, Vorlesungen Bd. 2. S. 345 f.

Andere halten an dem Unterschied zwischen nuda voluntas und arbitrium boni viri fest, und halten auch die Ausdehnung der Regel auf die Erbschaft und Erbtheile für unbedenklich. Denn theils ließen die Gesetzesstellen, welche zwischen Erbschaft und Legat nicht unterscheiden, wegen des organischen Zusammenhangs mit den übrigen hierher gehörigen Bestimmungen die Bezugnahme auf Erbschaften rechtfertigen, theils komme es in der That auf Eines hinaus, indem ja ein Legat möglicherweise viel größer als ein Erbtheil sein und die Restitution auch die ganze Erbschaft betreffen könne.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. § 432. S. 102.
Sintenis, Civilrecht §. 171. Not. 7.
Thibaut, System §. 951.
Glück, Pand. Bd. 33. S 444.

Andere beschränken das arbitrium boni viri bloß auf Legate, und führen als Beweis an, daß die römischen Juristen es in Bezug auf Erbschaften und Erbtheile nicht erwähnten, mithin die Bestimmung über Erbschaften und Erbtheile stets und ausdrücklich vom Testator selbst ausgehen müsse.

Göschen, Vorlesungen Bd. 3. Abth. 2. S. 57.
Mühlenbruch, Pand. § 645.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 913. Not. 841.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 550.

Andere wollen nur gestatten, daß dem arbitrium boni viri die Regulirung unbestimmt gebliebener Nebenpunkte überlassen werden dürfe, unter Bezugnahme auf L. 14 D. de dote praeleg. 33, 4. L. 3. §. 1 comm. de leg. 6, 43.

Schweppe, röm P.-R. §. 800.
Noodt ad P. lib. 18. tit. 1.

IV.

Der Testator kann ferner dem arbitrio boni viri die Auswahl der zu honorirenden Person, oder die Bestimmung des Gegenstandes aus mehren Gegenständen, oder des Umfanges desselben, mit Rücksicht auf obwaltende Umstände, überlassen.

Streitig ist, ob dieser Rechtssatz auf die Legate allein zu beschränken sei.

Einige nehmen den Rechtssatz ohne die Einschränkung auf Legate und Universalfideicommisse, insbesondere auch bei Erbschaften und Erbtheilen an.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 432. S. 103.
Puchta, Vorlesungen Th. 2. S. 342.
Sintenis, Civilrecht §. 171. Not. 8.

Andere meinen, wenn auch der Rechtssatz in den Gesetzen L. 67. §. 7. L. 77. §. 4 de leg. II. L. 7. §. 1 de reb. dub. 34, 5. L. 17. §. 6 ad SC. Trebell. 36, 1 auch in Bezug auf Universalfideicommisse erwähnt sei, so sei die Bezugnahme auf Erbschaften und Erbtheile doch nicht erwähnt, und deshalb darauf nicht auszudehnen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 913 Not. 842.

Andere meinen, der letzte Wille sei nichtig, wenn ein Dritter den Honorirten ernennen (L. 32 D. de hered. inst. 28, 5) oder in die vom Testator geschehene Ernennung willigen solle (L. 68 eod. L. 52 de cond. et demonstr. 35, 1). Dem arbitrio boni viri könne nur die Regulirung unbestimmt gebliebener Nebenpunkte überlassen werden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 800.

V.

Streitig ist, ob ein Testament gilt, welches auf Befragen eines Andern gemacht ist.

Einige meinen, der letzte Wille dürfe dem Testirer nicht abgefragt werden; zwar dürften sich die Zeugen bei einem mündlichen Testamente durch Fragen von der Willensmeinung des Testirers genauer unterrichten, wenn derselbe sich nicht ganz deutlich ausgedrückt haben sollte, er könne auf desfallsige Fragen mit Ja oder Nein antworten, L. 39. §. 1 D. de leg. III., allein ein bloßes Ja, oder wohl gar nur ein Kopfnicken auf eine specielle Frage, welche die Namen der Erben oder deren Erbtheile ausdrücke, sei ohne Giltigkeit, und ein auf diese Art abgefragtes Testament sei null und nichtig, würde auch den Erbschleichereien und Testamentsfälschungen Thür und Thor öffnen. Auch komme hierbei nichts darauf an, ob der Fragende eine öffentliche oder Privatperson sei. Zumal erforderten die römischen Gesetze (L. 26. L. 29 C. de test. 6, 23) und die Reichsgesetze (Notariatsordnung Tit. 1 von Testamenten §. 8) bei mündlichen Testamenten ausdrücklich die eigene mündliche Erklärung des Testirers. Auch bei einem schriftlichen Testamente, welches der Testator noch nicht gelesen habe, und welches dem Testirer vorgelesen werde, genüge es nicht, daß der Erblasser solches entweder mit Kopfnicken oder mit einem einfachen Ja genehmige

J. Claproth, v. Testam. u. Codicillen §. 8. S. 60.
Voet, Comm. ad P. 28 1. §. 11.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. 2. §. 1088.
Gmelin u. Elsässer, gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsf. Bd. 5. S. 118.
Gelger u. Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 3. Nr. 42 §. 13.
Weber, Erläuter. der Pand. Th. 2. §. 1406.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 23 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 910
Sintenis, Civilrecht § 171. Not. 3
Walch, introd. in jus controv. p. 310.
Leyser, sp. 375. med. 14.

Andere meinen, so geradezu lasse sich die Ungiltigkeit eines von dem Testator durch Fragen und Beantwortung errichteten Testaments nicht behaupten, besonders wenn der Fragende weder ein entferntes Interesse habe, noch eine solche Person sei, gegen welche ein metus reverentialis obwalte, oder welche sonst verdächtig sei. Nach L. 26 C. 6, 23 sei nur derjenige, welcher keine artikulirten Töne von sich geben könne, testirunfähig, und L. 15 eod. sage, es bedürfe keiner feierlichen Worte, wenn eben eine bereits halberstorbene und stotternde Zunge sie herausstoße, cf. §. 3 Inst. 2, 12. Das Meiste werde daher immer dem vernünftigen Ermessen überlassen bleiben müssen; wenn aber keine Verdachtsgründe hinzuträten, so müsse angenommen werden, daß auch ein abgefragter letzter Wille, wenn nur die Selbstthätigkeit des Testators dabei nicht aufgehoben gewesen, giltig sei.

Stryk, de cautela test. cap. 6. §. 34.
Schweppe, röm. P.-R. §. 790.
Maoz, de test. valido et invalido tit. 3. quaest. 3. Nro. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 548.
Faber, error. pragm. dec. 49. err. 1 u. 2.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1267.
Seuffert, Pandektenrecht Bd. 3. S. 123 u. 134.

Präjudiz 1.

Inwiefern ein auf Befragen eines Andern erklärter letzter Wille giltig sei, haben die Gesetze nicht namentlich entschieden.

Die Mehrzahl der Rechtslehrer sieht in diesem Umstande keine Ungiltigkeit, soferne nur die Selbstthätigkeit des Testators nicht aufgehoben ist.

Faber, error. pragm. dec. 49. err. 1 u. 2.
Hofacker, princ. jur. civ. § 1267.
Seuffert, prakt. Pandektenrecht 2. Ausg. Bd. 3. S. 123. 134.
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civilr. Bd. 2. Abth. 1. S. 548.

Für diese Meinung ist sich bei dem Abgang einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung in der Erwägung zu erklären, daß es zunächst nur darauf ankommt, daß der Wille unter den vorgeschriebenen Solennitäten, nicht wie er erklärt worden ist.

Erk. des OAG. zu München vom 22. Dec. 1849.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 182.

VI.

Captatorische Erbeinsetzungen und Legatbestimmungen, nämlich solche, welche nicht etwa bloß als Bezeugung der Dankbarkeit für erhaltene Zuwendungen (L. 8. §. 1. L. 70. L. 71 pr. D. de hered. inst. 28, 5), sondern unter der Bedingung geschehen, daß der Andere einem Dritten Etwas hinterlasse, also sich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern beziehen, sind verboten.

Streitig ist aber, ob die zu Gunsten des Captanten in dem Testamente des Captirenten enthaltene Verfügung gelte oder nicht.

Einige meinen, daß die Disposition des Captirten richtig sei. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß sonst der Betrüger ungeachtet des gesetzlichen Verbots gewinnen, und das Gesetz auf solche Weise seiner Kraft großentheils beraubt würde, welche, wie bei allen Prohibitivgesetzen, gerade darin liegen müsse, dem Zuwiderhandelnden die Aussicht auf den durch die verbotswidrige Handlung zu erlangenden Vortheil zu verschließen.

Wenn dagegen gesagt werde, daß eine auf die vorangegangene Disposition eines Honorirten sich beziehende Verfügung gelte, sogar wenn diese Beziehung als Bedingung ausgedrückt sei, so sei dies doch mit der Modification zu verstehen: sofern die letzte Disposition nicht eine hinterlistig herbeigeführte oder erschlichene sei. Man müsse also davon ausgehen: das Gesetz habe den Begriff von captatorischen Dispositionen deshalb so allgemein gefaßt, um den Erbschleichereien so bestimmt, wie dies durch Gesetze überhaupt möglich sei, entgegenzuwirken; so müßten auch die juristischen Folgen immer dieselben sein. Es sei ja nicht die Rede von einem Anspruch gegen den Captanten aus dessen dolus, sondern nur davon, daß er keinen Vortheil daraus erlange; dies könne aber ohne Widerrechtlichkeit als Folge seiner Verfügung angenommen werden, ja es müsse dies geschehen, sollte anders das Gesetz seinen Zweck erreichen. Daß die von captatorischen Verfügungen handelnden Stellen dies nicht ausdrücklich bestimmten, könne gar nicht in Betracht kommen; denn erstlich würde uns ja der Inhalt des Senatusconsults nicht vollständig referirt, sodann aber dürfe nicht angenommen werden, daß das Gesetz die allgemeinen Bestimmungen über die Bedingungen eines Rechtserwerbes, und insbesondere diejenigen, welche den Erwerb durch Testament betreffen, habe aufheben wollen, wenn es sich auch wirklich darauf beschränke, zu sagen: captatorische Verfügungen sind ungiltig.

Bynkershoeck in opusc. T. II. c. 10.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 648. Not. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 221.

Andere meinen, daß die Disposition des captatus einer Nullität nicht unterliege. Denn kein Gesetz spreche dies aus, und könne solches auch nicht aussprechen, weil man nicht wissen könne, ob deren Motiv in der Erbschleicherei des Captirenden gelegen habe, welche ihm sogar hätte unbekannt sein können, und im Allgemeinen könne auch der captatus für einen Betrogenen nicht angesehen werden, da er habe wissen müssen, daß Niemand durch die Verheißung seiner eigenen Erbschaft verpflichtet sei, das Versprechen zu erfüllen, L. 34 C. 2, 4. Mithin könne die Disposition des captatus nur dann dem captans keinen Vortheil bringen, wenn in concreto erweislich sei, daß er wirklich captirt worden, nämlich, daß er durch die captatorische Bedingung, welche er für giltig hielt, zu der Disposition bestimmt worden sei.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 549.
Schweppe, röm. P.-R. §. 797.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 459.
Seuffert, Lehrbuch §. 536.
Sell, Versuche Bd. 2. S. 308.
Puchta, Lehrbuch §. 468. Not c.
Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen Bd. 1. S. 402.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 434.
Thibaut, Versuche Bd. 1. Nr. 4
Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 27.

VII.

Streitig ist, ob die captirte Verfügung

pro non scripta zu achten, oder ob der Vortheil davon nur dem Captanten nicht zu Gute komme.

Einige meinen, der Vortheil der Verfügung komme nur dem Captanten nicht zu Gute, und das Hinterlassene werde als ereptitium vom Fiscus eingezogen. Dafür spreche, daß Erbschleichereien doch immer aus dem Gesichtspunkte eines dolosen Erwerbs zu betrachten seien, ein solcher Erwerb aber, wenn er die Succession eines Verstorbenen zum Gegenstand habe, immer dem Fiscus zufallen solle, L. 1. L. 2 D. si quis alienum testari prohib. Zwar knüpfe das Gesetz das Merkmal der captatorischen Verfügungen an eine Handlung, welche zum Beweise eines dolus nicht genügte; allein nach der gesetzlichen Bestimmung erscheine diese Handlung doch allemal als ein unzulässiges Bemühen, durch das Testament eines Andern eigennützige Zwecke zu erreichen; es müsse daher hier die nämliche Folge eintreten, womit überhaupt das captare hereditatem bedroht sei, L. 1 pr. si quis aliqu. test. proh.

Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen Bd. 1. S. 402.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 227.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 459.
Schweppe, röm. P.-R §. 797.

Andere meinen das Gegentheil, denn kein Gesetz spreche die gedachte Nichtigkeit aus, und die öfters angezogenen Analogien (L. 29. §. 2. L. 30 D. de donat. L. 2. §. 3 de his, quae ut indign.) seien schon darum unstatthaft, weil singuläre Bestimmungen keine Ausdehnung zuließen. Nur verstehe sich, daß, wenn in einem concreten Falle besonders bewiesen werden könne, daß der captatus gerade nur durch die captatorische Disposition zu einer Bedenkung des captans bewogen worden, die allgemeinen Grundsätze über betrüglich hervorgerufene letztwillige Dispositionen Platz greifen müßten.

Sell, Versuche Bd. 2. S. 309.
Fritz in s. Ausg. v. Wening-Ingenheim §. 459. Not. a.
Thibaut, Versuche Bd. 1. Nr. 4.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2 §. 434. Not. 4, in Verbindung mit §. 431. Not. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 550.
Sintenis, Civilr. §. 171. Not. 27.

Testamente, Ruption derselben in Folge des Notherbenrechts, und Wirkung der Codicillarclausel dabei, s. Codicillarclausel c. 12 u. 13.

Testamente, deren Ungiltigkeit.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38 S. 118. Bd. 39. S. 1.
v. Vangerow, Pand. §. 457 f.
Sintenis, Civilrecht §. 179 u. 180.
Holzschuher, Th 2. Abth. 1. S. 655 f
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 922 f.

I.

Die Art, wie Testamente ungiltig sein können, ist eine doppelte; sie können nämlich von Anfang an ungiltig sein, oder dies erst nach ihrer giltigen Errichtung, aus alsdann erwachsenden Gründen, werden, und diese Ungiltigkeit kann wiederum in beiden Fällen entweder ohne Weiteres von selbst (ipso jure) eintreten, so daß das Testament als nichtig zusammenfällt, oder sie kann erst durch Rescission des Testaments herbeigeführt werden müssen, bis wohin dasselbe als giltig besteht.

Nichtig von Anfang an ist ein Testament, wenn es an einer der wesentlichen Voraussetzungen und Erfordernisse seiner Errichtung fehlt. Unter anderen gehört hierher, wenn die Formen seiner Errichtung nicht gehörig beobachtet sind.

Streitig ist nun, ob in solchem Falle nur die Erbeseinsetzung über den Haufen falle, die übrigen Theile des Testaments aber bestehen bleiben.

Einige bejahen dies unter Berufung auf Nov. 115 und die Authentica ex causa Cod. de liber. praet., wonach nur die Erbeseinsetzung zu Grunde gehen, die übrigen Theile des Testaments aber bei Kräften bleiben sollen:

Harprecht ad §. 5 Inst. de exhered. lib. Nro. 6.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 10. §. 4.

und sei es eine Gewissenspflicht der Intestaterben, den formlosen letzten Willen ganz gelten zu lassen.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 16.
Stryk, caut. test. c. 14. §. 33.
Vinnius ad §. 3 Inst. de test. ordin. Nro. 8

Andere meinen, wenn man auch berechtigt sei, die Nov. 115 nicht für ein bloß correctorisches Gesetz zu halten, d. h. für ein solches, welches nur in einzelnen Punkten abändernd sei, so dürfe man dem Gesetze doch keine Ausdehnung geben, welche ihm seinem Gegenstande und Zwecke nach völlig fremd sei. Die Nov. bestimme nun die Wirkungen des verletzten Notherbenrechts; zwischen diesem und den Vorschriften über die juris solennia bestehe aber nicht die geringste Analogie. Formfehler, welche sich auf das Geschäft im Ganzen bezögen, müßten so gut wie der mangelnde Consens ihre Wirkung auf alle Theile des Geschäfts erstrecken, L. 5 C. de legib. 1, 14. Modificationen dieser Regel müßten stets nachgewiesen werden. Diese Ansicht werde auch durch die Notariatsordnung von 1512. II. §. 12 ausdrücklich anerkannt.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1427.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 127
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 924.
Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 3.

II.

Streitig ist, ob auch unbedeutende Versehen und Mängel, z. B. Mangel des Siegels, einer Unterschrift u. dergl., das ganze Testament nichtig machen.

Einige meinen, ein geringer Formfehler, wenn nur kein Verdacht eines Betruges vorhanden sei, sei unerheblich, L. 183 D. de reg. jur. 50, 17 und L. 15 C. de testam., und so habe auch die Wittenberger Juristenfacultät ein Testament für giltig erklärt, welches von der Testatricin in Abwesenheit der sieben Zeugen unterschrieben worden, weil dieselbe in Gegenwart des Vaters und der Zeugen auf ihre Hand und das Petschaft gewiesen, und solche für die ihrigen erklärt hätte.

Leyser, med. ad P. sp. 355. med 5, vgl. auch Vol. XI. suppl sp 351. med 1
Müller, promt. Bd. 11. S. 67 5 Nr. 7 u. 8.

Andere meinen, das Testament falle über den Hau-

sen, und wenn auch der Formfehler noch so klein sei. Denn wenn auch der Zweck der Testamentssolennien vorzüglich darauf gerichtet sei, über die Echtheit und den Inhalt letztwilliger Verfügungen den möglichsten Grad der Gewißheit zu erwirken, so habe doch der Gesetzgeber durch Aufstellung von Förmlichkeiten zugleich die Bedingungen bestimmt, unter welchen er diese Gewißheit überhaupt nur anerkenne. Darum werde auch auf's Genaueste zwischen dem bloßen Beweise und den Solennitäten im Gesetze unterschieden, L. 12 C. de test. Auf den Beweis könnten Vermuthungsgründe, aus welchen man auf gewisse Thatsachen schließen dürfe, angewandt werden, z. B. daß ein producirtes Testament echt, daß gewisse Solennitäten beobachtet seien u. dergl., keineswegs aber dürfe man die entschieden nicht beobachteten Solennitäten als vorhanden deshalb annehmen, weil etwa die Willensmeinung des Testirers zweifellos sei.

Die L. 183 de reg. jur. gehöre zu den vielen Regeln, welche wir in dem Titel de reg. jur. und auch sonst im römischen Rechte fänden, die, in unbedingter Allgemeinheit verstanden, mit anderen Rechtsgrundsätzen im Widerspruche stehen würden. Der Satz selbst beziehe sich auf L. 7 D. de in int. rest. 4. 1, wo von dem gerichtlichen Verfahren die Rede sei, indem derjenige, welcher schuldlos auf eine richterliche Ladung nicht erscheine, gegen Nachtheil restituirt werden solle. In der L. 15 C. de test. hebe der Kaiser die Nothwendigkeit auf, bei der Erbeseinsetzung gewisse Ausdrücke zu gebrauchen: „quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicis mortuorum.“ Aus diesem Gesetze lasse sich also keine Regel bilden, welche alles förmliche Recht geradezu zerstören würde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 130.
Weber, Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1426.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 924.
Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 4.
Schweppe, röm. P.-R. §. 868.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 656.

Siehe hereditatis petitio c. 24 die Präj. 2 u. 3 aus der Zeitschr. f. Rechtspfl. f. Braunschweig.

IIb.

Streitig ist, ob ein von Anfang an ipso jure nichtiges Testament durch Anerkennung der Intestaterben giltig werde.

Einige bejahen dies allgemein, unter Berufung auf L. 16. §. 1 C. de test. L. 2. L. 23 C. de fideicomm.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1427.
Wernher, T. II. P. VII. obs. 245.
Engau in dec. T. I. dec. 472. Nro. 3 u. 4.
Müller, promt. Bd. 11. S. 6783. Nr. 7.

Andere meinen, man müsse unterscheiden zwischen rescissibeln und solchen Testamenten, welche ipso jure nichtig oder infirmirt seien. Erstere verblieben in Giltigkeit, wenn die Intestaterben sie anerkennten, und also von ihrem Rescissionsrechte keinen Gebrauch machten, letztere blieben stets nichtig, L. 212 vergl. mit L. 29 D. de reg. jur. L. 14 D. de testib. 22, 5. denn ein solches Testament werde als gar nicht existirend gedacht, und auch nicht einmal eine bonor. poss. secund. tab. daraus gegeben, L. 5 pr. D. 34, 9.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38 S. 134.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 925.
v. Vangerow, Pand. §. 457.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 658.
Sintenis, Civilrecht §. 180. S. 488 u. Not. 1.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 472.
Francke im civil. Archiv Bd. 19 S. 187.
Schweppe, röm. P.-R. §. 868.

Andere meinen, wenn auch die Anerkennung eines nichtigen Testaments wirkungslos sei, und keine eigentliche Convalescenz des Testaments bewirke, so enthalte sie doch eine wirksame Entsagung auf die Erbmasse zum Besten der Testamentserben. Hiernach würde namentlich die Annahme eines in dem Testamente hinterlassenen Vermächtnisses einen Verzicht begründen, L. 8. §. 10. L. 12. §. 2. L. 31. §. 3. L. 32. §. 1 D. de querel. inoff. test. L. 3 in f. L. 14 pr. D. de bonor. poss. contr. tab.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 140.

Andere halten die ebenerwähnte Ansicht für unrichtig; die L. 2 pr. de his quae ut ind. 34, 9 gestatte geradezu post legatum acceptum die Nichtigkeitsklage. Dasselbe werde durch L. 3 D. de leg. Cornel. de fals. 48, 10 bestätigt, indem hiernach demjenigen, welcher ein Vermächtniß empfangen oder aus dem Testamente selbst die Erbschaft angetreten habe, noch die Anfechtung gestattet sei, L. 4 C. de juris et fact. ignor. 1. 18.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 926.

Präjudiz 1.

In Sachen Bunteock c. Ueeg wird für Recht erkannt:

Eine ungiltige letztwillige Verfügung erhält zwar durch Anerkennung von Seiten des Betheiligten verbindliche Kraft,

L. 16. §. 1 C. de test. 6, 23.
L. 2. L. 23 C. de fideicomm. 6, 42.

und es würde daher Klägerin, wenn der gemeinschaftliche Vater der Parteien in dem von ihm errichteten Testamente zugleich über das Vermögen oder den dereinstigen Nachlaß seiner Ehefrau Bestimmung getroffen haben sollte, da die geschehene Agnition nicht bestritten worden, keineswegs befugt sein, Ansprüche, welche dem Inhalte solchen Testaments zuwiderlaufen würden, geltend zu machen, — allein es läßt sich nicht behaupten, daß Erblasser über das Vermögen seiner Ehefrau Verfügungen getroffen habe ꝛc. *)

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 16. März 1835.

*) Es hatte nämlich die Klägerin die an sich ungiltige letztwillige Verfügung ihres Vaters dadurch anerkannt, daß sie eine in jener gemachte Disposition sich zu Gute rechnete ꝛc.

Vergl. Testamente, deren Widerruf Contr. 11.

III.

Durch theilweise Durchstreichung oder Vertilgung des Inhaltes des Testamentes wird nur das Getilgte ungiltig, L. 2 I. de his quae in test. 28. 4. L. 30 C. de test. 6, 23.

Streitig ist aber, ob, nachdem die Erbeinsetzung durchstrichen ist, dann die nicht durchstrichenen Legate noch gelten.

Einige meinen, in solchem Falle müßten die stehen gebliebenen Legate von den Intestaterben ausgezahlt werden, wenn nicht nachgewiesen werden könne, daß der Erblasser das gesammte Testament habe aufheben wollen, L. 1. L. 2 D. de his quae in test. del. 28, 4.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 460. S. 210.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 658.

Andere meinen, ohne weitere Unterscheidung, daß, wenn die Erbeinsetzung durchstrichen sei, die Legatare ohne Weiteres ihre Vermächtnisse fordern könnten.

Höpfner, Instit. §. 518 a. E.

Andere meinen, mit der Vernichtung der Erbeinsetzung müßten auch alle übrigen Theile des Testamentes fallen.

Thibaut, System §. 977.
Schweppe, röm. P.-R. §. 869. S. 236.

Andere meinen, wenn es auch als Regel anerkannt werden müsse, daß mit dem Wegfallen der Erbeinsetzung auch die Vermächtnißbestimmungen ihre Kraft verlieren müßten, L. 27 D. de inj., rupt., irrit. f. test. 28, 3, so werde doch häufig die Vernichtung als Indignitätserklärung betrachtet, welches die Folge habe, daß der Fiscus statt der Intestaterben eintreten, jedoch die Vermächtnisse auszahlen müßte, L. 3 D. de his quae in test. del. 28, 4. Der Inhalt dieses Gesetzes sei folgender: Der durch die inductio nominum stillschweigend an den Tag gelegte Widerruf solle nur auf die wirklich durchstrichenen Stellen bezogen werden, selbst in dem Falle, wenn die Namen sämmtlicher Erben durchstrichen seien, also nach der strengen Consequenz der Gesammtinhalt des Testaments würde wegfallen müssen 2c. Wenn man nun aus dieser Stelle den Grundsatz anerkenne, daß die Billigkeit es mit sich bringe, die Ungiltigkeit testamentarischer Anordnungen in Folge einer inductio nominum auf dasjenige zu beschränken, was wirklich durchstrichen sei, so komme doch auch die Regel in Betracht: daß mit der Vernichtung der Erbeinsetzung die übrigen Anordnungen des Testaments fallen, und Abweichungen von dieser Regel als Ausnahmen betrachtet werden müßten. Wenn nun die Frage entstehe: wann galt die Zerstörung der Erbeinsetzung als Indignitätserklärung, und wann trat Intestaterbfolge ein? so müsse bei dem Aufkommen des Indignitätsrechtes die Intestaterbfolge die Regel bilden. Wollten also Legatare auf die ihnen angewiesenen Legate Anspruch erheben, oder sollten die Intestaterben vom Fiscus ausgeschlossen werden, so sei vom Aerario das Vorhandensein einer deutlichen Indignitätserklärung nachzuweisen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39 S. 95.
Heimbach im Rechtslexikon S. 966.

Andere meinen, daß in jedem Einzelfalle auf die muthmaßliche Absicht des Testators Rücksicht zu nehmen sei, also, ob er in der Vernichtung des Testaments seinen Unwillen gegen die Erben habe kundgeben, oder einfach die Erbeinsetzung nur aufheben, und die Intestaterben habe eintreten lassen wollen.

Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 499.

Andere meinen, der Widerspruch der Gesetze sei nur dadurch zu lösen, daß Widerruf der Legate nur bei Austilgung der Erbeinsetzung, Indignitätserklärung hingegen dann anzunehmen sei, wenn nur der Name des Erben vertilgt sei.

Puchta, Lehrbuch §. 484. 1. Anm. n, vergl. mit §. 560. 1. Anm. n.

Andere meinen, auch ohne auf die Regel: in dubio contra fiscum, für den Fragefall Gewicht legen zu wollen, müsse die (von Mühlenbruch 2c. anerkannte) Beschränkung der Regel im Falle der inductio nominis verworfen werden, und mithin immer eine besondere Kundgebung, daß der Testator den Eingesetzten pro indigno erachte, in jedem concreten Falle angenommen werden. Folgendes seien die Gründe: Es dürfe vor Allem der Beweis der behaupteten Beschränkung der Regel erwartet werden, um so mehr, da sie eine positive Erklärung von ganz besonderem Inhalt begreife. Daß nun der inductio nominis allein und vor anderen Modalitäten der Zerstörung ganz allgemein diese Bedeutung beigelegt worden sei, lasse sich aus den dafür citirten Stellen nicht beweisen. Ja in L. 3 de his quae in test. sei ja sogar anerkannt: Quid ergo, non et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Die L. 1. §. 8 D. 38, 6 erkenne dagegen in der Handlung der Zerstörung an und für sich die regelmäßige Wirkung des intestatus decedere velle an; daß nämlich das voluitque etc. nicht etwa als bedingungsweise gestellt, sondern als nothwendig zu denkende, nur der Deutlichkeit wegen ausdrücklich mit erwähnte Folge zu verstehen sei, sei zweifellos; denn wer das behaupten wollte, würde weit über die hier bestrittene Beschränkung hinausgerathen, und die ganze Regel umwerfen. Man befinde sich also in der Lage, zu wählen, ob man in der anscheinend durch die inductio nominis an sich selbst in einigen Stellen als gegeben anerkannten Indignitätserklärung eine Beschränkung der Regel von der Zerstörung erblicken, oder vielmehr daneben (vergl. z. B. L. 2 de his quae in test. verb.: sed si omnis etc.) die Thatsache der Indignitätserklärung als stillschweigend vorausgesetztes, in den besondern Fällen weiter nicht streitiges Erforderniß ansehen, und so die Regel unangetastet lassen wolle? Möchte nun die ganze bisherige Darstellung zwischen diesen Alternativen schon keinen Zweifel übrig lassen, so komme noch hinzu, daß L. 1. §. 8 cit. viel jünger sei, als die in den anderen Stellen erwähnten Rescripte des Kaisers Marcus. constituirten diese also die gedachte Beschränkung, so dürfe man mit Recht erwarten, daß deren hierbei würde gedacht sein.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 27.

IV.

Wenn aber ein ipso jure von Anfang an nichtiges Testament vorliegt, und es erfolgt ein Vergleich zwischen den Testaments- und Intestaterben, so streitet man, an wen sich in diesem Falle die Legatarien und Erbschaftsgläubiger zu halten haben*).

*) Zwei Stellen scheinen sich zu widerstreiten, L. 3 pr. u. L. 14 D. de transact. 2, 15.

Die L. 3 cit. lautet: Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis vel cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.

Einige ältere Juristen und Lehrbücher meinen, die L. 14 sei auf den Fall, welchen Scävola in der L. 3 cit. behandele, zu beziehen, und ohne zwischen nichtigen und zu rescindirenden Testamenten zu unterscheiden, müsse bei den einen wie bei den andern ein Vergleich in Beziehung auf das Verhältniß zu dritten Personen nothwendig die nämlichen rechtlichen Folgen erzeugen. Man legt dann Gewicht darauf, daß in der L. 3 von Vermächtnißnehmern, in der L. 14 aber von Gläubigern des Erblassers die Rede sei.

Glossa Acc. pro parte hereditatis ad L. 12 D. de injusto, rupto, irrito fact. test. 28. 3.
Westenberg in D. Marco diss. III. §. 11 et 12.
Huber, prael. ad P. lib. 2. tit. 15. §. 12.

Andere erinnern dagegen, die L. 3 handle von einem test. inoff., die L. 14 von einem nichtigen Testament; dabei hätten allerdings die Vermächtnißnehmer nur gegen den eingesetzten Erben bei einem über ein nichtiges Testament errichteten Vergleich klagen können, während Gläubiger ihre Ansprüche gegen den gesetzlichen wie gegen den testamentarischen Erben geltend machen würden. Denn die Vermächtnisse hingen von dem Testamente ab, und könnten nur unter der Voraussetzung, daß sie in einer zu Recht beständigen letztwilligen Verfügung angeordnet seien, und von dem, welchem sie auferlegt worden, gefordert werden. Directe Klagen ständen nun freilich auch den Creditoren nicht zu, da diese nur gegen den wirklichen testamentarischen oder gesetzlichen Erben stattfänden. Hier lege sich nun Jeder ein Erbrecht bei, und zwar der eine ein testamentarisches, der andere ein gesetzliches; beide Delationsgründe könnten nun zwar nebeneinander nicht bestehen. Immer dürften indessen doch die Gläubiger wider die Inhaber der Erbschaft als solche klagen, wogegen die Vermächtnißnehmer überhaupt nur wider den eingesetzten Erben ein Klagerecht hätten, weshalb ihnen entweder eine directe Klage, oder gar keine zustehe.

Faber, ration. ad P. 28. 3. p. m. 293 seq.

Andere unterscheiden, ob ein Theil der Erbschaft den gesetzlichen Erben überlassen, oder ob denselben nur eine Abfindung gegeben sei. Im letzteren Falle bleibe der Testamentserbe alleiniger Erbe, und davon sei die L. 3 zu verstehen, im ersteren Falle werde der Intestaterbe für den auf ihn gekommenen Theil auch als Erbe verpflichtet; und hiervon handle die L. 14.

Zosios, Paratitla ad P. tit. de transact. Nro 14.

Andere gehen von der Voraussetzung aus, in der L. 3 u. L. 14 sei bald so bald so entschieden, nicht nach Ueberzeugung, sondern nach Gunst.

Noodt, probabil. jur. lib. 2. c. 2.

Die neuesten Erklärer finden in der L. 3 u. L. 14 keinen Widerspruch. Wenn in der L. 3 die Legatare bloß an den Testamentserben, in der L. 14 aber die Gläubiger an beide Transigenten verwiesen worden, so könne zuvörderst auf einen Unterschied zwischen Gläubigern und Legataren, worauf man Gewicht lege, nichts ankommen. Dies ergebe sich, abgesehen von entscheidenden inneren Gründen, aus der Ausdrucksweise der ersteren Stelle, wo manumissi und legatarii offenbar nur beispielsweise genannt seien, wie daraus hervorgehe, daß am Schlusse der Stelle von oneris hereditatis im Allgemeinen die Rede sei, worunter natürlich auch die Schulden begriffen seien. Es sei vielmehr von dem Unterschiede zwischen bloß rescissibeln und nichtigen Testamenten auszugehen; von dem ersteren, und zwar insbesondere von einem inofficiosum testamentum rede die erste Stelle, und entscheide consequent, daß Legatare (und Gläubiger) nur den Testamentserben belangen können, eben weil ja durch Vergleich die wirkliche Rescission abgewendet werde, mithin das Testament in Kraft bestehen bleibe. Die zweite Stelle L. 14 spreche aber von einem Vergleiche über ein angeblich nichtiges Testament, und entscheide dabei, daß Gläubiger (und Legatare) die beiden Transigenten gleichmäßig mit actiones utiles belangen sollen. Diese Entscheidung setze aber voraus, daß sich die beiderseitigen Prätendenten nach Inhalt des Vergleichs selbst als Miterben anerkannt hätten.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 932.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 159.
v. Vangerow, Pand. §. 457.
Sintenis, Civilrecht §. 180. Not. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 660.

V.

Streitig ist, ob das Testament, welches von einem höchst Betrunkenen oder im Zustande des höchsten Zorns errichtet ist, durch nachfolgende Genehmigung des Testators giltig werde.

Einige meinen, das Testament werde durch eine später hinzugekommene, im freien Zustande geschehene Genehmigung giltig. Denn die L. 48 D. de reg. jur. enthalte eine allgemeine Rechtsregel, welche ganz vorzüglich bei Testamenten gelte, wo der Verstorbene über die Gewißheit seines Willens nicht mehr befragt werden könne. Es müsse aber freilich, wenn das im Zorn oder Trunkenheit errichtete Testament rechtliche Giltigkeit erlangen sollte, eine wahre unzweideutige Beharrlichkeit dargethan werden, und diese setze voraus, daß der Testirer bei völlig beruhigtem Gemüthe von dem, was er in der Hitze des Zorns gethan, genaue Kenntniß gehabt, und bei kaltem Blute durch Worte oder passende Handlungen zu erkennen gebe, er wolle es bei seiner in der Hitze des Zorns gethanen Willenserklärung bewenden lassen. Dann könne man erst sagen, ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit, judicium animi fuisse, L. 201 D. de reg. jur.

Leyser, med. ad P. spec. 352. med. 3 u. 4.
v. Berg, über ein im Zorn errichtetes Testament, in desselben jurist. Beobachtungen u. Rechtsf. Th. 1. Nr. 9. S. 187.
Hufeland, Lehrb. Bd. 2. §. 1084. Not. d.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts Anh. 1. S. 51.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 15. S. 16.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1404.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.

[4] L. 14 cit.: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Thibaut, System §. 948.

Andere meinen, daß solches Testament nichtig bleibe. Denn bei Testamenten müsse die Catonianische Regel: quod ab initio non valet etc. streng beobachtet werden, und wenn L. 48 D. de reg. jur. von Handlungen der Zornigen sage, daß sie durch Beharren nach wiedererlangtem Bewußtsein Kraft erlangen, so sei dies nur auf Handlungen unter Lebenden zu beschränken.

Glück, Pand. Bd. 33. S. 360.
Stryk, de cautela test. cap. 3. §. 32.
Müller ad Leyser. obs. 620.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. Bd. 3. §. 959.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 720.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 2 a. E.

VI.

Ein Testament wird irritum, also unwirksam, wenn solche nachtheilige Rechtsveränderungen **in der Person des Testirers** nach errichtetem Testamente und vor seinem Tode eintraten, welchen diese Wirkung nach römischem Rechte folgte. Namentlich geschieht dies durch Erleidung der capitis diminutio auf Seiten des Testirers, selbst der minima, § 3 Inst. quib. mod. test. infirm. 2, 17. L. 6. §. 5 D. de injust., rupt. 28, 3. und so auch überhaupt durch den Verlust seiner activen Testamentifaction.

Streitig ist, ob dies nach neuestem Rechte, namentlich in dem Falle, wenn der Erblasser seinen vorigen Status zur Zeit des Todes wieder erhalten hat, oder die Fähigkeit zu testiren vor seinem Tode zurückgekehrt ist, noch gilt.

Einige meinen, in beiden Fällen werde die Ertheilung einer bonor. possess. sec. tabulas anwendbar sein, unter Berufung auf L. 11. §. 2 D. de bonor. poss. sec. tab. 37, 11.

Donellus, Comm. 6. 16
Schweppe, röm. P.-R. §. 871.

Andere meinen, wenn der Testator in jenen Fällen die Freiheit oder das Bürgerrecht in der Folge wiedererhalte, so gebe der Prätor **ohne Weiteres** aus dem Testamente bonor. poss. sec. tab.; bei der capitis diminutio minima aber dann, wenn der, welcher wieder von der väterlichen Gewalt befreit werde, schriftlich erkläre, er wolle, daß das Testament als giltig behandelt werde, L. 12 pr. de injust. 28, 3.

Thibaut, System §. 975.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 8. S. 264.
Mackeldey, Lehrb. §. 478. Not. b.
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 663.

Vergl. übrigens testamenti factio activa Contr. 2.

Präjudiz 1.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Es ist eine ausgemachte Regel, daß, wenn Jemand (ein Dritter) nach Errichtung eines Testaments ein unantastbares Recht auf einen Gegenstand erhält, worüber im Testamente verfügt ist, die Disposition des Testaments insoweit ungiltig wird, weil der Testirer die Befugniß verliert, über diesen Gegenstand zu verfügen. Ohne Gewicht ist es, wenn man sich dagegen auf den Satz beruft: ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt, fr. 85. §. 2 de reg. juris. Diese Regel gilt nur in solchen Fällen, wo das neu eingetretene Factum, wenn es gleich anfangs existirt hätte, der **Errichtung** des Geschäftes entgegengestanden haben würde; daher denn auch in Anwendung dieses Satzes es der Giltigkeit eines Testaments allerdings in der Regel nicht schadet, wenn der Testator die persönliche Fähigkeit zur Errichtung desselben später verliert. Wenn dagegen das später eingetretene Ereigniß mit der **Vollziehung** des Geschäfts in Collision kommt, so gilt umgekehrt die Regel, daß das Geschäft insoweit unwirksam werde.

fr. 3. §. 2 de his quae pro non scriptis habentur 34, 8.
§. 6 Inst. de noxal. act. 4, 8
fr. 11 de servitut. 8, 1
fr. 15 in f. fr. 16 ad leg. Aquil. 9, 2.
fr. 140. §. 2 de verb obl. 45, 1.
Giphanius, lect. Altdorf. ad l. 140 D. de verb. obl.
Averanius, interpr. jur. lib. 4. cap. 24—26

Nun fällt der vorliegende Satz aber gerade unter die letztere Regel, indem die Vollziehung des Testaments des W. A. mit dem später der Klägerin durch ihre Ehe mit dem Testator erworbenen Rechte auf die Nachfolge in die Stelle in Collision kommt. . . .

Erk. des OAG. zu **Lübeck** vom 26 April 1844
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 184.

VII.

Ist ein Testament destitutum, d. h. ist der eingesetzte Erbe entweder nicht fähig die Erbschaft zu erwerben oder repudiirt er dieselbe, so kommt es zur reinen Intestaterbfolge.

Streitig ist dabei, ob bloß die Erbeinsetzung dadurch hinfällig werde, oder ob auch andere Bestimmungen des Testaments, z. B. Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen und dergleichen fallen oder ob solche bestehen bleiben.

Einige meinen, wenn auch im Pandektenrecht (L. 9 D. 26, 2. §. 2 fin. Inst. 2, 22. L. 73 pr. in f. D. 35, 2) solche Bestimmungen fallen müßten, so habe sich solches durch Nov. 1 geändert, indem hiernach nicht nur der Fall, wenn der Erbe nach angetretener Erbschaft die Erfüllung der Vermächtnisse verweigere, sondern auch der Fall, wenn das Testament durch Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des eingesetzten Erben destituirt werde, zu Gunsten der Vermächtnisse etc. entschieden sei. Folgende Gründe werden hierfür geltend gemacht: Wenn auch das Gesetz von destituirten Testamenten nicht eigentlich ausdrücklich rede, so komme doch dabei die Erklärung des Kaisers: der Zweck des Gesetzes sei hauptsächlich darauf gerichtet, daß der Wille des Erblassers in Erfüllung gehe (Nov. 1 pr. §. 1. cap. 1. §. 4), in Betracht. Zur vollständigen Erreichung dieses Zwecks müsse das Gesetz ebensowohl das testam. destitutum als den Fall umfassen, wenn die Erbschaft schon erworben sei, der Erbe aber die Erfüllung der testamentarischen Auflagen verweigere. Aber auch buchstäblich werde dieser Zweck ausgedrückt, Nov. 1. cap. 1 §. 3 fin. verb.: διὰ τοῦτο γὰρ δὴ καὶ ἐπὶ τοσαύτας εἴδομεν διαδοχάς, ἵνα μὴ μείνοι ἀπροσέλευστος ὁ τοῦ τελευτῶντος κλῆρος. Demgemäß sprächen verschiedene andere Stellen des Gesetzes von einer nicht angetretenen Erbschaft. Bestätigt werde dies auch durch die in cap. 2 der Nov. enthaltene Bestimmung, daß der Testator den Abzug der quarta Falcid. wirksam verbieten dürfe, indem auch daraus hervorgehe, daß letz-

willige Verfügungen in der Art, wie sie ausgesprochen seien, auch erfüllt würden. Deshalb sei freilich nach nicht anzunehmen, daß seit der Nov. von einem test. destitutum nicht mehr die Rede sein solle; destituirt werde vielmehr ein Testament wie früher; nur die Wirkung der Destitution für den Fall, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlage, sei anders bestimmt. — Hiezu komme, daß eine Erklärung der am Schlusse des cap. 2 der Nov. enthaltenen Bestimmung nur unter der Voraussetzung möglich sei, wenn jene Vorschrift auf ein destituirtes Testament bezogen werde. Der Kaiser bestimme hier nämlich, daß der Testator den Abzug der quart. Falcid. untersagen dürfe, und lasse dem Erben die Wahl, ob er dem Testator gehorchen oder die Erbschaft anderen genannten Personen überlassen wolle. Die Worte: *αὐτὸν μὲν ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως*, der Erbe könne van der Erbeinsetzung zurücktreten, sagten zwar nichts Anderes, als was schon im ersten Kapitel ohne besondere Rücksicht auf die quart. Falcid. bestimmt wäre: „will der Erbe den letzten Willen nicht der Vorschrift gemäß erfüllen, so muß er sein Recht aufgeben, und den gedachten Personen Platz machen.“ Allein da der Novellenepitomator Julian diesen Gedanken so wiedergebe: sin autem repudiaverit hereditatem, locus fiat substitutis etc. (Juliani epit. Nov. const. 1. nro. 2), so werde die Auslegung der Nov. zur Zeit Justinian's erklärt, und die angegebenen Worte enthielten eine Erweiterung Justinian's für diesen speciellen Fall. Denn weshalb sollte der Vermächtnißnehmer gerade für den Fall, daß der Testator den Abzug der Quart verboten habe, mehr begünstigt sein, als da, wo der Testator es bei den gesetzlichen Regeln bewenden läßt? Viel wahrscheinlicher ei, daß hier ein allgemeiner Grundsatz nur auf einen speciellen Fall angewandt werde, nämlich der, daß in dem Falle, wenn der eingesetzte Erbe ausschlage, Alles so gehalten werde, wie ehemals bei dem caducum, nur modificirt durch die Verfügungen des cap. 1 der Nov., wobei dann entweder eine verloren gegangene Constitution Justinian's zum Grunde liege, oder nach wahrscheinlicher ein durch Gewohnheit anerkanntes Rechtssatz. — Es lasse sich nun der Grundsatz so ausdrücken: in jedem Falle, wo der Testamentserbe eine ihm angebotene Erbschaft nicht erwerben will, tritt der im cap. 1 der Nov. bestimmte Weg ein, d. h. die Succession wird in einer bestimmten Reihenfolge den im Gesetz genannten Personen angeboten. Es sei dies auch nur eine ziemlich natürliche Ausdehnung und Vereinfachung des bereits durch das SC. Pegasianum eingeführten Satzes, daß der Fiduciarerbe, wenn er die Erbschaft nicht antreten wolle, zur Antretung und Herausgabe derselben gezwungen werden könne. Dies Recht sei nur auf die sonstigen Honarirten ausgedehnt; auch werde es jetzt durch das Gesetz selbst vermittelt, d. h. ein Zwang zur Antretung finde nicht Statt, sondern die nach dem Hauptgerben berufenen Personen seien ipso iure zum Erwerbe der Erbschaft berechtigt, weshalb denn auch die kleinen Vortheile, welche dem zur Antretung gezwungenen Fiduciarerben nach dem SC. Pegas. noch zukommen, hier ganz in Wegfall kämen.

Zepernick, diss. I. de testamenti destituti viribus (1773) §. 42 u. diss. II. §. 1—7.
v. Löhr im civil. Archiv Bd. 5. S. 391.
Heimbach jun. in der Zeitschrift für Civilr. und Proceß Bd. 13. S. 369 f.
Voet, Comm. ad P. 29. 4.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts §. 29. S. 264.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 47.
Mackeldey, Lehrb. §. 675. Not. a.

Andere meinen, alle Bestimmungen des Testaments, Vermächtnisse, Ernennungen van Vormündern und dergleichen müßten bei der Destitution des Testaments fallen. Die angeführten Gründe der Gegner seien nicht zutreffend; denn es berechtige nichts dazu, durch bloße Folgerungen aus der ratio legis zu argumentiren, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Rechtsänderung habe stillschweigend einführen wollen. Der Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft überhaupt nicht haben wolle, liege viel näher, wie der Fall, wenn er nach erworbener Erbschaft die Erfüllung der Auflagen verweigere. Wollte daher der Kaiser für beide Fälle eine Entscheidung geben, so würde er zunächst die Wirkungen der ausgeschlagenen Erbschaft bestimmt und sodann erklärt haben, dasselbe solle auch wegen verweigerter Erfüllung der Auflagen gelten. Nun sei aber der seltnere Fall näher bestimmt, und aus diesem könne man nicht auch den gewöhnlicheren und wichtigeren entscheiden. Ueberhaupt entscheide für eine stricte Auslegung der Umstand, daß das Gesetz ein bloß correctorisches sei. Die Aeußerungen in der Nov., welche die buchstäbliche Vorschrift enthalten sollen, daß das Gesetz auch den Fall der nicht angetretenen Erbschaft vor Augen habe, redeten nur von den Personen, welche an die Stelle des Haupterben treten sollen, nicht aber van diesem selbst; jenen werde die Erbschaft angeboten, wenn der Haupterbe innerhalb eines Jahres, nach geschehener gerichtlicher Erinnerung, die Vermächtnisse nicht leiste; treten die zunächst Berufenen nicht an, so solle den auf sie Folgenden das Erbrecht eröffnet sein und so immer fort. — Ebensowenig lasse sich Justinian's Neuerung als eine natürliche Ausdehnung des SC. Pegasianum betrachten. Der Universalfideicommissar solle nach dem Willen des Erblassers die Erbschaft ganz oder zu einer Quote haben; es liege daher gewiß sehr nahe, daß das Gesetz dem Willen des Erblassers etwas zu Hilfe komme. Eine Berufung der Singularvermächtnißnehmer, sogar selbst der Intestaterben an die Stelle des Testamentserben durch das Gesetz könne aber nicht als im Willen des Testators liegend angesehen und nicht angenommen werden, daß nur eine zur Verwirklichung der Absicht des Testators nach fehlender Form durch das Gesetz herbeigeführt oder ergänzt werde. Für die Annahme, daß Justinian's Neuerung eine natürliche Ausdehnung des SC. Pegasianum auf das testamentum destitutum sei, finde sich nirgends ein Anknüpfungspunkt im früheren Rechte vor, und für das Dasein eines unbekannten Gesetzes oder eines Gewohnheitsrechts fehle es am Beweise. Ebenso mangele es am Beweise dafür, daß die am Schlusse des cap. 2 der Nov. enthaltene Bestimmung sich auf die Ausschlagung einer noch nicht erworbenen Erbschaft beziehe. Der Zusammenhang der Stelle führe eher auf

das Gegentheil. Der Ausdruck ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως könne zwar ebenfalls auf Ausschlagung einer bloß deferirten, noch nicht erworbenen Erbschaft bezogen werden; daß er aber nicht davon zu verstehen sei, sondern vielmehr von dem Verluste der bereits erworbenen Erbschaft, zeige die in den Worten καθάπερ ἔμπροσθεν εἰπόντες ἔφθημεν enthaltene Beziehung auf das in cap. 1 der Novelle Gesagte, nach welcher es ganz unwahrscheinlich sei, daß der Sinn jenes Ausdrucks in dem cap. 2 ein anderer sein solle, als wie er sich aus dem cap. 1 ergebe. Dagegen könne auch weder die Autorität der Novellenepitomatoren Julian und Athanasius, noch des Theodorus, welche alle den fraglichen Ausdruck von der Ausschlagung der deferirten Erbschaft verstehen, in Betracht kommen. Denn diese unterstützten wieder auf der andern Seite die hier vertheidigte Ansicht, daß es sich in der Nov. 1 von dem Verluste einer bereits erworbenen Erbschaft handele.

Dagegen fehle es nicht an Gründen, welche direct dafür bewiesen, daß der Gesetzgeber in der That nur Ausschließung des Erben von der ihm bereits erworbenen Erbschaft beabsichtigt habe. Durchgehends sei die Rede von dem Erben, welcher die ihm obliegenden Verpflichtungen zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen vernachlässige. Von einer solchen Verbindlichkeit und deren Vernachlässigung könne aber nicht eher die Rede sein, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten habe, indem erst durch den Erbschaftsantritt die Verbindlichkeit zur Leistung der im Testamente angeordneten Vermächtnisse und anderen Auflagen begründet werde. Ja im Eingange des Gesetzes äußere der Kaiser sich über die Veranlassung des Gesetzes geradezu dahin, es gebe Menschen, welche schlecht genug dächten, eine Erbschaft anzunehmen und doch den Willen des Erblassers nicht zu erfüllen. Auch in cap. 4 der Nov. heiße es wieder: es sei dafür Sorge getragen, daß die Auszahlung der Vermächtnisse nicht zu lange verzögert werde, indem dies innerhalb eines Jahres nach angetretener Erbschaft, welches jedoch von Zeit der gerichtlichen Erinnerung an zu rechnen sei, geschehen solle. Der Gesetzgeber beabsichtige mithin keinen directen Zwang zur Erbschaftsantretung, sondern nur möglichst schleunige Erfüllung der Vermächtnisse, damit die Bedachten nicht zu lange darauf warten müßten, und deshalb sollten gewissenlose oder nachlässige Erben ihres Erbrechts beraubt werden. Dies hänge mit dem früheren Rechte zusammen, nach welchem derjenige, welcher die testamentarische Auflage nicht erfüllte, als indignus das ihm Zugewendete an den Fiscus verloren habe.

Hiernach sei die Ansicht, daß Destitution eines Testaments das Eintreten der reinen Intestaterbfolge bewirke, vorzuziehen. Eine Wirkung davon sei, daß auf denjenigen, welcher überall nicht Erbe werde, auch keine erbrechtlichen Verbindlichkeiten übergehen könnten. Wenn sämmtliche Testamentserben ausschlügen, so werde die Erbschaft sogleich an die Intestaterben deferirt und komme in deren Ermangelung, als hereditas vacans, an den Fiscus, womit dann zugleich die anderweite Folge verknüpft sei, daß sämmtliche Vermächtnisse rc. zusammenfallen müßten, §. 2 fin. Inst. de leg. Falcid. 2, 22. pr. §. 7 inst. de hered. qu. ab int. 3, 1. L. 73 pr. fin. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 181 de reg. jur. L. 44. §. 13 C. de caduc. toll. 6, 51.

> Lauterbach, disp. de test. destit. Vol. III. disp 132. §. 27.
> Stryk, succ. ab int. diss. 1. cap. 1. §. 29 sq.
> Stryk, usus mod. 38. 3. §. 12
> Mühlenbruch, doctr P. §. 572. not. 2.
> Francke, Beiträge I. S. 150.
> Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10 S. 978 f.
> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 51.
> v. Vangerow, Pand. §. 459.
> Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 11.

VIII.

Streitig ist, ob die Intestaterben, im Fall das Testament durch Ausschlagung der Testamentserben destitut wird, zur Auszahlung der Legate, falls dem Testamente die Codicillarclausel hinzugefügt wurde, verpflichtet seien. (Siehe auch Codicillarclausel c. 11.)

Einige verneinen dies.

> Henne, diss. de vi et potestate claus. cod. (1773).
> Elvers, allg. jurist. Zeitung von 1830. Nr. 30. S. 235 f.

Andere meinen, daß die Intestaterben zur Erfüllung der Dispositionen verpflichtet seien, weil die Codicillarclausel das destituirte Testament in einen codicillus ab intestato verwandle, folglich die Intestaterben zur Erfüllung der Dispositionen, welche im Codicille angeordnet seien, verpflichte.

> Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 74
> Fein, das. Bd. 45 S. 309 f.
> Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1003.
> Böhmer, Rechtsfälle Bd. 3. Abth. 1. S 231
> Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 664.

Präjudiz 1.

Die Justiz-Canzlei zu Wolfenbüttel erkannte im Jahre 1775, in S. Seehausen c. Seehausen:

daß ein Testament, worin die clausula codicillaris enthalten, wenn es destitutum wird, als ein codicillus ab intestato aufrecht erhalten werde, und der Erbe an die Intestaterben die vermachten Legate präftiren müsse.

IX.

Streitig ist, wie es in dem Falle zu halten sei, wenn sich zwei Testamente ohne Datum vorfinden, oder wenn nur das eine mit einem Datum versehen, und auch sonst nicht zu erweisen ist, welches das erste und welches das letzte sei.

Einige meinen, beide Testamente seien giltig. Folgende Gründe werden hierfür geltend gemacht: Aus zwei gleichzeitig solennisirten, aber ihrem wesentlichen Inhalte nach verschiedenen Testamenten werde eine wirksame bonor. poss. ertheilt, wie wenn es Ein Testament wäre. Dies sage Ulpian in L. 1. §. 6 de bon. poss. sec. tab. 37, 11. In diesem Gesetze sei die Rede nicht von mehren Exemplaren desselben Testaments, wie schon daraus hervorgehe, daß beide Testamente in dem von Ulpian entschiedenen Falle gerade in Ansehung des wesentlichen Inhalts, der Erbeinsetzung, verschie

dene Bestimmungen enthielten. Nun könnten freilich zwei an sich verschiedene Testamente nach strengem Rechte nicht neben einander bestehen, und da nicht ausgemittelt werden könne, welches das erste und welches das letzte sei, so hätte eigentlich keines gelten dürfen (L. 188 pr. de reg. jur.). Wegen des favor testamentorum sei aber in der L. 1 cit. entschieden, daß beide als Eins bestehen bleiben sollten. Ein fernerer Grund sei, daß dem Willen des Testators doch gewiß mehr entsprochen werde, wenn beide Testamente aufrecht erhalten würden, als wenn keins von beiden als giltig angesehen werde. Endlich werde auch bei gleichzeitig solennisirten Testamenten eine auf den Moment gleichzeitige Vollendung selten vorkommen, mithin sich ebenso selten sicher behaupten lassen, daß sie gleichzeitig solennisirt seien, als daß dieses oder jenes von beiden das ältere sei, und der letztere Grund wirke mithin als entscheidender dort wie hier nothwendig fort.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 486 und die Not. 60 Allegirten.
Leist, die bon. poss. Bd. 2. S. 306. Not. 11.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 179. S. 487. Not. 42.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 964.

Andere meinen, beide Testamente seien ungiltig; denn die Entscheidung Ulpian's in L. 1. §. 6 cit. enthalte eine Abweichung vom regelmäßigen Rechte, also eine Singularität; singuläre Rechte seien aber strict zu interpretiren. (Die L. 1 cit. nämlich redet von dem Falle, wenn mehre Testamente gleichzeitig solennisirt sind, wobei dann sämmtliche Erbeinsetzungen so aufrecht erhalten werden sollen, als wenn sie in Einem Testamente vorkämen.)

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 460. S. 209.
Höpfner, Instit. §. 518. S. 518 der 8. Aufl. u. Not. 5.

Testamente, deren Widerruf.

Hannesen, diss. de testamenti accedente decennii lapsu facta revoc. (1736).
Rodatz, diss. de verbali testam. revoc. ad Cod. 6. 23. (1810).
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 250 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 936.
Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 35.

I.

Streitig ist, ob zum Widerrufe eines Testaments auch weniger als drei Zeugen hinreichend sind.

Einige meinen, daß eine bestimmte Anzahl von Zeugen, namentlich von drei Zeugen, nicht erforderlich sei; es genüge, daß der Testirer erweislich seine Absicht zu erkennen gegeben habe, das Testament zu widerrufen. Denn theils finde sich in den ältern Rechtsquellen nicht die mindeste Spur von Solennitäten, welche bei Aufhebung von Testamenten hätten angewendet werden müssen, theils sage Ulpian in L. 1. §. 6 D. si tab. test. nullae exstab. 38, 6 ausdrücklich: „Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alias testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt“: die Intestaterbfolge trete ein, wenn der Testirer auf irgend eine Art zu erkennen gegeben habe, daß sein Testament nicht weiter gelten solle. Auch sei es nicht möglich, bei dieser Stelle an eine Aenderung der letztwilligen Verfügung durch ein neues Testament zu denken, da ausdrücklich gesagt werde, der Testirer habe die Absicht geäußert, ohne Testament zu sterben. Ein Testamentserbe könne nun nach L. 4. §. 10 de doli mali exc. 44, 4:

> Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur,

stets durch exceptio doli von den Intestaterben zurückgewiesen werden, wenn er den Willen des Erblassers gegen sich habe, einerlei wie derselbe ausgesprochen sei.

Connanus in comment. jur. civ. lib. 9. cap. 7. Nro. 4.
Maeckart, interpret. recept. lection. lib. 2. c. 1.

Die Meisten nehmen das Gegentheil an aus folgenden Gründen: Nachdem Honorius verordnet, daß jedes Testament eo ipso durch Ablauf von zehn Jahren ungiltig werden solle, L. 6 Cod. Th. de test., sei dies von Justinian aufgehoben worden, und statt dessen verfügt, es müsse zu dem Ablauf von zehn Jahren auch noch ausdrücklicher Widerruf vor drei tüchtigen Zeugen oder mittelst gerichtlicher Protokollirung hinzukommen, L. 27 C. de test. 6, 23. Erwäge man nun noch das bekannte Princip: „hereditas adimi non potest“ und sehe man, daß nicht selten Erbeinsetzung und Legate gerade so entgegengesetzt würden, daß zwar bei den letztern, nicht aber bei der erstern der bloße veränderte Wille wirksam sei, vergl. z. B. L. 36. §. 3 de test. milit. 29, 1. L. 22 D. de adim. vel transf. leg. 34. 4, so ergebe sich, daß weniger als drei Zeugen zum Widerruf des Testaments nicht hinreichend seien. Die von den Gegnern angeführten Gesetze könnten theils von Vermächtnissen verstanden werden, theils müsse bei beiden Stellen supponirt werden, daß der Wille des Erblassers sich in gesetzlich genügender Weise ausgesprochen habe.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 259 f. S. 322 f.
v. Vangerow, Pand. §. 460 a. E.
Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 35.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 937 f.
Höpfner, Instit. §. 518.
Thibaut, System §. 979.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 475
Schweppe, röm. P.-R. §. 869.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 665.

Präjudiz 1.

Da zur Zeit der classischen Juristen nicht einmal ein ausdrücklicher Widerruf zur Beseitigung eines Testaments genügte, so wird man noch viel weniger einem stillschweigenden diese Kraft beilegen können. Auch durch die aus

C. 27 de testamentis 6, 23.

ersichtliche Verordnung Justinian's ist hieran überall nichts geändert. Die verschiedenen über die Bedeutung dieser Verordnung aufgestellten Ansichten beziehen sich 1) auf die Frage: wann ein Widerruf statthaft sei? — ob nämlich vor Ablauf von zehn Jahren nach errichtetem Testamente, oder erst nach Ablauf derselben Serie? — und 2) von welchem Zeit-

punkte der Lauf der zehn Jahre beginne? — ob von Zeit des errichteten **Testamentes**, oder vom Augenblicke des erfolgten **Widerrufs** —? Allein alle sind darüber einig, daß der Widerruf ein **wörtlicher und ausdrücklicher** sein müsse. S. die Worte: Sin — testator dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis **verbis** utendo contrariam aperuerit voluntatem.

Erk. der Juristen-Facultät zu **Halle** (für das OAG. zu **Jena**) depubl. 24. Febr. 1849, in S Jos. Wilh. Weber zu Wersdorf c. Margarethe Bauer, geb. Bergmann, zu Ottmannshausen.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 66.

Vergl. Contr.-Lex. Abth. 3 Erbverträge Präj. 1 zu Contr. 14.

II.

Nachdem die Bestimmung des älteren Rechts (L. 6 Cod. Theod. de test.), wonach jedes Testament nach Ablauf von zehn Jahren wirkungslos sein solle, durch Justinian in L. 27 C. de test. 6, 23 aufgehoben worden, **streitet man, ob der Widerruf des Testirers vor drei Zeugen, resp. vor Gericht genüge, oder ob daneben noch ein Ablauf von zehn Jahren erforderlich sei.**

Einige meinen, es genüge der Widerruf vor drei Zeugen, und ein Ablauf von zehn Jahren sei nicht erforderlich. Dies folge aus den nachstehenden Gründen: 1) Der Kaiser erkläre am Schlusse der L. 27 cit., er wolle das Gesetz des Honorius (L. 6 C. Th. de test.) ganz und gar — penitus — abgeschafft haben. 2) Die Anordnung: daß zu dem Widerrufe noch der Ablauf von zehn Jahren hinzutreten solle, würde noch sonderbarer sein, als das Gesetz des Honorius; für dieses lasse sich doch Manches anführen; werde aber ein Widerruf überhaupt berücksichtigt, so sei nicht abzusehen, wozu es jetzt noch des Zeitablaufs bedürfe. 3) Justinian habe die Verordnung des Honorius aufgehoben, weil ein bloßer Zeitablauf dem Rechtsbestande der letztwilligen Verfügung nicht nachtheilig werden dürfe, indem nicht abzusehen sei, weshalb das nicht mehr gelten solle, was der Testirer nicht aufgehoben habe; hieraus folge, daß nach der Absicht des Kaisers ein entgegenstehender Wille des Testirers unbedingt zu berücksichtigen sei. 4) Der Kaiser halte zwar den Ablauf von zehn Jahren nicht genügend, sondern er fordere außerdem noch den förmlichen Widerruf; daraus folge aber nicht, daß er außer dem Widerruf auch noch das decennium für nöthig halte. Es sei also die Erwähnung des decennii hypothetisch zu verstehen, d. h. der Kaiser habe hier nur an den Fall gedacht, wenn das Testament schon zehn Jahre alt sei, und nun die Frage entstehe, ob es aufgehört habe zu gelten? Nein, antwortet der Kaiser, es muß außerdem auch noch ein Widerruf hinzutreten.

Marckart, interpret. recept. lection. lib 2. c. 1.
Huber, rer. judicatar. P. 1. obs. 66.
Weber zu Höpfner Inst. §. 518. Not. 6 a. E.

Andere und zwar die Meisten meinen, Justinian habe angeordnet, daß ein Testament weder allein durch den Ablauf von zehn Jahren vernichtet sein solle, noch allein durch den entgegenstehenden Willen des Testirers, sondern nur durch ein neues vollständiges Testament oder durch einen Widerruf vor nicht weniger als drei Zeugen, resp. zu gerichtlichem Protokoll, in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren. Denn die Inconsequenz des Gesetzgebers und der Mangel an einer guten ratio legis seien kein Grund, eine sonst deutliche Gesetzesbestimmung einzuschränken oder gar für unanwendbar zu erklären. Wenn sich nun auch allenfalls die Schlußworte der L. 27 cit.: „aliter enim testamenta praemortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo modo patimur" möglicher Weise hypothetisch verstehen ließen, so seien doch gerade die Dispositivworte des Gesetzes so klar und bestimmt, daß es nach den Regeln der Sprache und der Logik in der That ganz unmöglich sei, ihnen nur eine bedingte Geltung zuzugestehen.

Sintenis, Civilrecht §. 179. S. 481.
Mühlenbruch in Glück's Band. Bd. 38. S. 275 f. und die zahlreich Not. 84 daselbst genannten Schriftsteller.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 940.

III.

Nimmt man die gewöhnliche Ansicht an, daß ein Testament nur durch Widerruf vor drei oder mehr Zeugen, resp. zu gerichtlichem Protokoll, in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren seine Kraft verliere, so **streitet man ferner,**

A. ob diese Zeugen die Eigenschaft solenner Testamentszeugen haben müssen.

Einige meinen, daß die Zeugen nur gewöhnliche Beweiszeugen zu sein brauchten, analog den Zeugen bei instrumentis quasi publicis. Denn der Ausdruck „tres testes **idonei**" werde auch von tüchtigen **Beweis**zeugen gebraucht (Brissonius, de verb. sign. v. idoneus §. 3 in f.). Auch in anderen Fällen würden zuweilen, nicht der Solennität, sondern der größeren Sicherheit des Beweises halber mehr als zwei Zeugen erfordert, z. B. L. 15. §. 1 C. de testib. 4, 20. L. 18 eod., und es erkläre sich sehr wohl, daß der Kaiser hier, wo das Vorhandensein eines an sich zu Recht beständigen Testamentes vorausgesetzt werde, einen etwas bündigeren Beweis verlange, als gewöhnlich zur Erbringung eines gewöhnlichen Zeugenbeweises erforderlich sei. Aus diesen Gründen wurde denn auch in einem Falle, wo sich zwei Frauenzimmer unter den Zeugen befanden, der Widerruf für giltig erklärt.

Hannesen, diss. I. de revocat. test. §. 13—21.
Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 35.

Andere meinen, die Zeugen müßten die Eigenschaft von Testamentszeugen haben. Denn Justinian's Constitution sei ein rein correctorisches Gesetz, mithin in dem Sinne zu verstehen, der sich von dem bisher in Kraft bestandenen Rechte am wenigsten entferne. Da nach dem bisherigen Rechte (abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Verordnung von Honorius) die Aufhebung eines Testaments nur durch ein neues möglich geworden sei, so habe Justinian verordnet, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Widerruf auch vor weniger Zeugen, als zur Errichtung eines Testaments gehören, geschehen könne. Er beschränke also nur die **Anzahl** der Zeugen, bestimme aber über deren Befähigung nichts, daher es denn in dieser Beziehung bei der Regel bleibe, daß z. B. Frauen nicht Solennitäts-

zeugen sein können. Hierzu komme, daß hier überall nicht, wie in anderen Fällen, wo mehr als zwei Zeugen verlangt würden, vom Beweise die Rede sei, sondern bestimmt werde, daß der Widerruf vor drei Zeugen geschehen solle. Die drei Zeugen gehörten also wesentlich mit zur Perfection der Willenserklärung, oder sie seien Solennitätszeugen, und auch nur dieses.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 283.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 940.
Griesinger im Commentar über das würtemberg. Landrecht Th. 3. Tit. 20. §. 2 und die von ihm Bd. 6. S. 471. Not. 1 Aufgeführten.
Holzschuher, Th. 2. Abth 1. S. 669.

Vergl. Präj. 1 zu Controv. 1.

IV.

Man streitet dabei ferner,

B. ob die drei Zeugen rogirt sein müssen.

Einige meinen, die Rogation der Zeugen sei nicht nöthig, weil solches auch bei Codicillen nicht nöthig gewesen sei, L. ult. §. 3 C. de codic. 6, 36.

Hannesen, diss. I. de revocat. test. §. 22.

Andere erfordern die Rogation der Zeugen; denn wenn ein Rechtsgeschäft durch eine Erklärung vor Zeugen sein rechtliches Dasein erhalten solle, so sei es nicht hinreichend, — wie wenn es sich etwa bloß um den Beweis handele, — daß in Gegenwart der Zeugen die betreffende Erklärung abgegeben wäre, sondern die Zeugen müßten wissen, um welchen Gegenstand es sich handele; sie müßten also vielmehr vor dem Acte davon in Kenntniß gesetzt werden, daß hier ein von ihnen zu bezeugendes Rechtsgeschäft vorgehe.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 285.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 941.

V.

Ferner streitet man dabei,

C. ob das decennium von der Zeit der Errichtung des Testaments, oder von der Zeit der Widerrufserklärung an, zu rechnen sei.

Einige nehmen das Letztere an; man stützt sich für diese Meinung 1) auf den Zusammenhang der Dispositivworte. Es heiße: Sin — — hoc vel per testes idoneos — — manifestaverit, et decennium fuerit emensum, was am einfachsten so zu verstehen sei: wenn er seinen entgegengesetzten Willen erklärt hat, und hierauf zehn Jahre verflossen sind; 2) auf die Erklärung des Kaisers, daß das decennium für sich nichts mehr bedeuten solle, woraus denn folge, daß es überhaupt erst anfangen könne zu wirken, nachdem die Willenserklärung erfolgt sei.

Mühlenbruch, doctrina P. §. 780.
J. F. Hertel, politische Thee- und Kaffeetassen Nr. 47b. S. 138.

Andere meinen, die Ansicht, welche die zehn Jahre von der Testamentserrichtung an berechne, sei die richtige. Der Gesetzgeber bestimme ja nur, daß der Zeitablauf allein, d. h. ohne den Widerruf, nicht weiter wirksam sein solle. Es werde das Zusammentreffen beider erfordert; dies sei aber immer der Fall, wenn von der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testirers zehn Jahre verflossen seien. Entscheidend sei hier, daß der zehnjährige Zeitraum aus der Constitution des Honorius beibehalten worden; allein soll dieser Zeitraum nicht mehr wirken, sondern nur in Verbindung mit dem Widerrufe. Der terminus a quo sei hier die Zeit der Testamentserrichtung, und es sei im Zweifel auch eine Aenderung dieses Zeitpunktes nicht anzunehmen. Dazu komme, daß im Anfange der Justinianischen Verordnung ausdrücklich gesagt werde, der Ablauf von zehn Jahren seit der Errichtung des Testamentes (si post ejus confectionem decenniom profluxerit) solle allein das Testament nicht unwirksam machen. Wenn nun nachher weiter bestimmt werde, was noch außerdem hinzutreten müsse, damit das Testament für ungiltig zu halten sei, so dürfe dies selbstverständlich auf keinen anderen Zeitraum als den zuerst genannten bezogen werden. Auch daß es in der Constitution heiße: Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur etc., unterstütze die hier angenommene Ansicht. Wenn also während des zehnjährigen Zeitraums (nach der Testamentserrichtung) ein entgegengesetzter Wille des Testators bewiesen werde, und dieser in einem zweiten vollständigen Testamente vorliege, so solle das frühere Testament sofort ipso jure aufgehoben sein; wenn aber (hier ist zu wiederholen medio tempore) der Testator bloß den Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt habe, et decennium fuerit emensum, und der Ablauf von zehn Jahren hinzugekommen sei, so solle das Testament tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali ungiltig sein. Es könne also dem ganzen Zusammenhange nach nur der Ablauf des Jahrzehntes seit der Testamentserrichtung verstanden sein.

Glück, Pand. Bd. 38. S. 288.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 941.
Höpfner, Instit. §. 518.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 668.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 780.
Schweppe, röm. P.-R. §. 869.
Mening-Ingenheim, Lehrbuch §. 475.
und die bei Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 291. Not. 8 Genannten.

Andere meinen, ein Widerruf sei überhaupt erst möglich, nachdem zehn Jahre seit Errichtung des Testamentes verflossen sind; in diesem Falle aber wirke die Revocation sofort.

Scholt, comm. de post. testam. imperf. cap. 9. p. 82.

Siehe auch

G. Haenel, dissensiones dominorum s. controversiae veterum jur. R. interpret. qui gloss. voc. p. 449. (1834.)

VI.

Streitig ist, ob ein Widerruf vor sieben Zeugen, ohne den Ablauf von zehn Jahren, zur Aufhebung des Testaments genüge.

Einige bejahen dies aus folgenden Gründen: Da einer allgemeinen Regel zufolge ein Verhältniß in derselben Weise aufgelöst werde, wie es entstehe, Testa-

mente aber vor sieben Zeugen errichtet würden, so müsse man sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen entkräften können. Dieser Grundsatz sei ohne Einschränkung bei schriftlichen wie bei mündlichen Testamenten anzuwenden. Vergl. L. 35 D. de reg. jur.

Hannesen, diss. lt. de testamenti revocat. §. 4—12.
Püttmann, interpret. et observ. cap. 27. p. 127—130.
Schott, comment. de test. poster. (in opusc. p. 82 sq.)

Andere lassen den Widerruf vor sieben Zeugen nur bei mündlichen Testamenten gelten, weil bei schriftlichen Testamenten eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart dieses Testamentes nicht entspreche.

Bachov ad §. 6 Inst. de test. Nro 2.
Huber ad Inst. tit. quib. mod. test. infirm. §. 8—10.

Andere meinen, auch ein schriftliches Testament könne durch eine vor sieben Zeugen schriftlich erfolgte und von den Zeugen unterschriebene und besiegelte Erklärung aufgerufen werden.

P. Greve, diss. de mutat. et revoc. test. §. 9.

Andere erfordern eine bestimmte Erklärung darüber, daß Intestaterbfolge eintreten solle,

Bacholdus in comment. ad §. 18 Inst. de leg. litt. Nro. 3.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 294.

und zwar wenigstens alsdann, wenn in einem concreten Falle, in Gemäßheit der erweislichen Absicht des Testators, ein solcher Widerruf als testamentarische Erbeinsetzung der Intestaterben aufgefaßt werden könne.

v. Vangerow, Pand. §. 460. S. 209.

Andere meinen, die Worte der L. 27 C. de test. 6, 23, wonach, neben dem Widerrufe vor wenigstens drei Zeugen, noch ein decennium abgelaufen sein müsse, seien zu bestimmt, und die Gleichstellung eines solchen Widerrufs mit dem Widerrufe vor Gericht zeige, daß die Revocation vor sieben Zeugen keine größere Wirkung als die vor drei Zeugen haben könne.

Höpfner, Institut. §. 518.
Cramer, Nebenstud. Th. 107. St. 4.
Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 179. Not. 35.
Thibaut, System § 979.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 943.
Schweppe, röm. P.-R. §. 869.

VII.

Streitig ist, ob ein gerichtlicher Widerruf des Testaments auch ohne den Ablauf von zehn Jahren sofort Wirksamkeit habe.

Einige bejahen diese Frage ohne Einschränkung, und stützen sich darauf daß ja ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleichstehe, daß aber eine Erklärung vor Gericht nicht weniger gelten könne, indem ja durch gerichtliche Verlautbarung, eben so gut wie vor sieben Zeugen, die Errichtung von Testamenten möglich sei. Was Justinian über die Nothwendigkeit des Ablaufs von zehn Jahren bestimme, dürfe daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf den privatim vor drei Zeugen erfolgten Widerruf des Testamentes bezogen werden.

Rudatz, diss. de verbali test. revoc. §. 9.

Andere meinen, die Bestimmung wegen des Ablaufs von zehn Jahren stehe gerade mit der Aeußerung über den Widerruf ad acta in unmittelbarer Verbindung, so daß es unmöglich sei, jene Bestimmung nicht hierauf, sondern auf die vorhergehende Aeußerung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Allerdings könne eine Erklärung zu Protokoll nicht weniger gelten als die vor sieben Zeugen; aber hierin liege bloß noch ein Argument mehr für die Meinung, daß der bloße Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht aufheben könne.

Sintenis, Civilr. §. 179. Not 35.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 296.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 943.
Höpfner, Institut. §. 518.

VIII.

Streitig ist, ob Testamente ad pias causas dann schon wegfallen, wenn eine Erklärung vor zwei Zeugen erfolgt ist.

Einige bejahen dies, gestützt auf die Regel der L. 35 D. de reg. jur., daß ein Geschäft auf dieselbe Art, wie es entstehe, auch wieder vernichtet werde,

Greve, diss. de mutatione et revoc. test. §. 10.

und weil bei Beurtheilung eines solchen Testaments auch in den weltlichen Gerichten die Grundsätze des canonischen Rechts zur Anwendung kommen müßten, so müsse auch dasselbe Princip, auf welchem die Privilegien des Testamentes ad p. c. beruhen, bei dessen Aufhebung gelten. Zu der Aufhebung eines solchen Testamentes müsse aus diesem Grunde eine jede erweisliche Willensänderung des Testators genügen, also auch der bloße Widerruf, zu dessen Beweise, in Ermangelung anderer Beweise, schon zwei Zeugen genügten.

Schulte in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. Folge. Bd. 8. S. 220.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 884.

Andere meinen, der bloße Widerruf vor zwei Zeugen könne auch hier nicht mehr wirken, wie in anderen Fällen.

Merenda, controv. jur. lib. 3. c. 45. Nro. 10.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 298.

IX.

Streitig ist, ob ein gerichtliches Testament durch einfachen Widerruf und ohne Zurücknahme aus dem Gerichte seine Giltigkeit verliere.

Einige meinen, diese Frage sei zu bejahen; denn die L. 27 C. de testam. könne in Bezug auf gerichtliche Testamente nicht gelten. Vielmehr komme die Regel der L. 35 de reg. jur. zur Anwendung: nihil tam naturale est, quam eo genere quodque dissolvere, quo colligatum est. Ferner dürfe die L. 27 cit. von öffentlichen Testamenten gar nicht verstanden werden; dies folge aus den Schlußworten der Constitution: prioribus constitutionibus, quae super hujusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Justinian spreche hier von Testamenten, worauf die Verordnung des Kaisers Honorius (L. 6 C. Th. de test.) gehe; in diesem Gesetze könnten aber nur förmliche Privattestamente gemeint sein, da der Grund, weshalb dieser Kaiser die Erlöschung eines Testaments sofort mit dem

Ablauf von zehn Jahren eintreten lasse, in der Befürchtung zu suchen sei, daß binnen dieser langen Zeit die Beweismittel der Aechtheit des Testaments verloren gehen möchten — Dagegen sei das testam. judiciale. in unserem Sinne des Worts, den Römern durchaus unbekannt; es sei die Geburt des späteren Mittelalters, nachdem längst die Bestimmung juristischer Begriffe verloren gegangen sei.

Hannesen, diss. II. de revoc. test. §. 15.
Spangenberg im civil. Archiv Bd. 5. S. 171.

Andere meinen, es sei allerdings möglich, daß der Gesetzgeber an solche Privattestamente nur gedacht habe; allein Justinian's Constitution spreche ganz allgemein; wenn man den Satz, worin die Worte: super hujusmodi testamentis vorkämen, in seinem ganzen Zusammenhange betrachte, so sage der Kaiser: anders als vermitteist eines Widerrufs solle der Ablauf von zehn Jahren das Erlöschen der „testaments mortuorum" nicht mehr zur Folge haben, und was früher hierüber (super hujusmodi sc. mortuorum testamentis) angeordnet worden, solle durch dies neue Gesetz aufgehoben sein. In diesem allgemeinen Sinne müsse die Vorschrift um so eher verstanden werden, da kein Grund vorhanden sei, daß die Aufhebung öffentlicher Testamente leichter von Statten gehen könne, als die der Privattestamente.

Hofacker, pr. jur. civ. §. 1365. Nro. II. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 311.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 946.

Vergl. öffentliches Testament c. 8.

X.

Streitig ist, wie der Widerruf eines öffentlichen Testamentes beschaffen sein müsse.

Einige meinen, es sei nicht nöthig, daß über den Widerruf ein Protokoll aufgenommen werde, weil dies ja nur zum Beweise diene, dieser aber auch durch die mündliche Aussage der Gerichtspersonen, vor denen der Widerruf erklärt worden, hergestellt werden könne. Man beruft sich auch noch auf L. 19 C. de testam., worin zur Errichtung eines öffentlichen Testaments nur die conscientia principis erfordert werde, weshalb zu dessen Widerrufe auch nicht mehr zu erfordern sei.

Hannesen, diss. II. de revocat. test. §. 21.

Andere meinen, es müsse über den vor Gericht erfolgten Widerruf stets ein Protokoll aufgenommen werden. Denn die Mitglieder des Gerichts seien bei dieser Handlung nicht gewöhnliche Zeugen, sondern sie seien dabei in der Eigenschaft als öffentliche Behörde thätig; es sei etwas officiell festzustellen, was vor der gerichtlichen Behörde geschehen sei und was nur auf die für amtliche Handlungen übliche Art und Weise erfolgen könne. Abgesehen von dem, was diesfalls schon unter den Römern, zur Zeit der christlichen Kaiser, nothwendig gewesen, nämlich acta, d. h. sofortige Aufzeichnung dessen, was vor der Behörde vorgegangen sei, oder was wir mit Aufnahme des Protokolls bezeichnen, sei heutzutage nicht die Giltigkeit gerichtlicher Handlungen, sondern der Beweis derselben dadurch herzustellen, daß darüber Acten aufgenommen würden, und daß über Alles, was vor Gericht vorgegangen sei, ein Protokoll niedergeschrieben würde.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 947.

und zum Theil auch

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 314.

XI.

Wenn der Testirer das spätere Testament zerstört, um das frühere, noch unversehrt erhaltene, wieder in Kraft treten zu lassen, so streitet man, ob dann das frühere Testament in Kraft trete.

Einige meinen, das frühere Testament werde regelmäßig aufrecht erhalten; denn der Prätor gebe nach L. 11. §. 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 auch aus einem nach Civilrecht zerstörten Testamente eine secund. tab. bon. poss., und es hänge von den Umständen, insbesondere von dem Willen des Testirers, welcher hier ja dem früheren Testamentserben zur Seite stehe, ab, ob solche bon. poss. cum re oder sine re sei. Nun verstehe es sich aber von selbst, daß, wenn nach römischem Rechte eine wirksame bon. poss. aus einem Testamente gegeben werde, jetzt geradezu von einem rechtsgiltigen Testamente gesprochen werden dürfe. Man müsse also praktisch den Satz so ausdrücken: Das durch ein späteres Testament vernichtete, aber materiell noch vorhandene Testament wird wieder vollkommen giltig, wenn der Erblasser das spätere Testament in der Absicht cassirt, daß das frühere wieder gelten solle.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 478.
Vergl. Bd. 43. S. 109.
Höpfner, Instit. §. 519.
Sintenis, Civilr. §. 179. S. 486 u. Not. 41.
Puchta, Lehrbuch §. 484 g.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 477.
Stryk, de succ. ab int. diss. 9. c. 4. §. 31—35.
Thibaut, System §. 978.
Francke, Notherbenrecht S. 120.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 963.
Schweppe, röm. P.-R. §. 870. S. 239. Not. 7.

Andere meinen, unter den angegebenen Voraussetzungen finde zwar eine bon. poss. sec. tab. statt, dieselbe sei aber nur sine re, wenn nicht der etwa eingesetzte Erbe zugleich der nächste Intestaterbe sei. Dies entspreche dem Grundcharakter der bon. poss., und werde von Gajus II. 148 und 149 so dargestellt. Die L. 11. §. 2 cit. beweise hiergegen nichts, denn der wahre Sinn der Stelle sei folgender: Wenn der eingesetzte Erbe das interd. quorum bonorum anstellt, so kann dieses auch durch exceptio doli entkräftet werden, wenn nicht eine ausdrückliche Bestätigung des Testaments von Seiten des Erblassers nachgewiesen werden kann. Auf die weitere Frage, ob in dem letzteren Falle derjenige, welcher in dem possessorischen Rechtsstreite gesiegt habe, auch die hered. petitio des legitimus heres entkräften könne, ob also die bonor. poss. cum re oder sine re sei, lasse sich Papinian gar nicht ein, sondern er beschränke seine ganze Erörterung rein auf das interd. quor. bonor. (non enim de jure testamenti maxime quaeritur), so daß also das Resultat aus dieser Stelle nur das sei, daß unter gewissen Voraussetzungen aus einem test. irritum factum eine bonorum possessio giltig agnoscirt werden könne, keineswegs aber, daß dieselbe dem legitimus heres gegenüber cum re sei.

v. Vangerow, Pand. §. 458.
Fabricius, Ursprung und Entw. der bon. poss. S. 135.

Präjudiz 1.

In einer von dem Chirurgus F. im October 1829 bei Gericht übergebenen schriftlichen letzten Willensordnung, welche nach dem im Jahre 1831 erfolgten Ableben des F. der verehelichten Dr. B. und dem Gastwirthe B. publicirt wurde, war der letztere zum Universalerben eingesetzt und durch eine vom Testator eigenhändig unterschriebene Erklärung der frühere, im Februar 1829 gerichtlich von ihm hinterlegte letzte Wille ausdrücklich aufgehoben worden.

Der Gastwirth B. hatte darauf das ihm eröffnete Testament anerkannt, die Erbschaft demgemäß angetreten und sich in den Besitz derselben gesetzt, als im Jahre 1833 die verehel. B. mittelst einer wider ihn erhobenen Klage die Nichtigkeit seiner Erbeinsetzung aus dem Grunde behauptete, weil er das Testament mit alleiniger Ausnahme der Namensunterschriften des Testirers, insbesondere aber die Erbeinsetzung, selbst geschrieben habe; weßhalb die Klägerin, mit Berufung darauf, daß hienach die Intestaterbfolge eintreten müsse, als eines der fünf Schwesterkinder des Erblassers, den ihr gebührenden fünften Theil des Nachlasses ab intestato in Anspruch nahm.

Hiergegen excipirte der Gastwirth B. unter Anderem: wenn das neuere Testament des F. aus dem von der Klägerin angeführten Grunde nichtig sei, so wäre es schon vom Anfange an ungiltig gewesen. Sollte es, wider Erwarten, dafür erklärt werden, dann müsse das frühere im Februar 1829 von F. bei Gericht niedergelegte Testament, welches durch das spätere nichtige nicht aufgehoben sei, wieder in Kraft treten, und da dieses frühere Testament ihn ebenfalls zum alleinigen Erben ernenne, so trete er hiermit die Erbschaft des Testators aus jenem früheren Testamente unbedingt an.

Diese Einrede nun ward in der Berufungsinstanz von der damaligen Landesregierung zu Weimar (Juni 1834) verworfen, in der folgenden — der Läuterungsinstanz — hingegen vom Schöppenstuhl zu Jena (11. December 1834) zugelassen.

Die Römer — sagte die Regierung in ihrem Erkenntnisse, — hielten bezüglich auf solche Personen, welche an eine Verlassenschaft auf alternative Gründe sich stützende Ansprüche zu machen hatten, als leitende Regel fest, daß omnis electio semel fiat; post electionem igitur mutatio consilii non admittatur. Es tritt in dergleichen Fällen eine eigenthümliche Bedeutung der nach der hereditatis aditio stets beobachteten Maxime hervor: postea relinquendae hereditatis facultatem heres non habet.

§. 5 Inst. de qualit. hered. 2, 19.
C. 4 de repud. hered. 6, 31.
Madihn, princip. jur. Rom. de successionib. edit. 2. §. 22. not. a.
Donellus, Comment. jur. civ. lib. VII. c. 10. §. 2. Vol. IV. edit. Bucher. p. 115.
Glück, Erläuter. der Pand. Th. 35. S. 72 ff.

Jede Annahme eines durch letztwillige Disposition zugedachten Vortheils empfängt ihr Gepräge, ihre unabänderliche Richtung durch die dabei im Blick gehabte causa honorationis. Vermöge des hierdurch angeknüpften unzertrennlichen Zusammenhanges muß diese Acquisition mit erwähnter causa stehen und fallen. Insonderheit finden sich von obigem Grundsatze außer zwei Applicationen, die dem heutzutage nicht mehr praktischen Rechte angehören,

vgl. Seuffert, Bemerk. über die Codicillarclausel. Würzb. 1828. S. 7. 11.

auch die folgenden beiden, unzweifelhaft giltigen: a) bei der Wahl, die dem in einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente berufenen Erben zusteht, insofern er den letzten Willen theils als Testament im engeren Sinne, theils aber auch als Codicill auffassen kann,

C. ult. de codicill. 6, 36.

deren Inhalt offenbar nicht auf dasjenige Sachverhältniß, da der honoratus die Rolle eines Klägers über sich zu nehmen genöthiget war, beschränkt werden darf,

Seuffert, a. a. O. S. 3—20.

und b) bei dem gerade dermalen streitigen Falle, wenn dieselbe Person durch zwei letzte Willen eingesetzt, der neuere von beiden aber ungesetzlich errichtet war, und gleichwohl der Erbe seine Entschließung, auf dieses posterius testamentum seine Befugnisse zu basiren, unzweideutig zu erkennen gegeben hatte,

fr. 97 de acquir. vel omitt. heredit. 29, 2.

wo die auf den Worten „repudiasse eum ex priore testamento" als der ratio decidendi beruhende Entscheidung „Clodianum intestatum decessisse" unverkennbar die Meinung ausdrücke, die im auditorio principis obsiegte, und also das wirkliche Recht darstelle.

cf. A. F. Schott, de posteriore testamento imperfecto c. 6 i. f. (in opuscul, Lpz. 1770. p. 41—84, besonders p. 73 sq.)

Diesen Gründen wurde in denen zu dem Schöppen-Urtheile Folgendes entgegengehalten:

Die in dem späteren Testamente enthaltene Erklärung, daß das ältere Testament aufgehoben sein solle, ist deshalb ohne rechtliche Wirkung, weil nach Vorschrift des

fr. 18 de legat. III.

eine solche Aufhebung nur unter der Voraussetzung geschieht, daß das neue Testament ein zu Recht beständiges sei; und weil hier ferner das spätere Testament, wenn es wegen der Ungiltigkeit der einzigen darin enthaltenen Erbesernennung fällt, seinem ganzen Inhalte nach unwirksam ist, und auch jene Nichtigkeitserklärung nicht einmal durch die Codicillarclausel erhalten werden kann, indem Codicille keinen Widerruf einer Erbeseinsetzung enthalten können. Es kann ferner nicht angenommen werden, daß der Beklagte durch die Antretung aus dem späteren Testamente ein ihm aus einem giltigen solchen zustehendes Erbrecht verloren habe; denn er hat, indem er zuerst aus einem nichtigen letzten Willen die Erbschaft antrat, dadurch nur einen nichtigen Rechtsact vorgenommen, um zu der aus dem älteren Testamente ihm deferirten Erbschaft zu gelangen, nur einen falschen Rechtsweg eingeschlagen. Dadurch war das Betreten des richtigen keineswegs ausgeschlossen, so wenig wie derjenige, der eine falsche Klage anstellt, eine andere, wirklich begründete, verliert.

fr. 46 de bonis libert. 38, 2.
fr. 19 de inoffic. test. 5, 2.
fr. 57. §. 1 de cond. indeb. 12, 6.

Das Gegentheil ist auch aus

§. 5 Inst. de hered. qual.

und aus

C. 4 de repud. hered.

nicht zu folgern. Diese Stellen enthalten den Rechtssatz, daß, wer eine Erbschaft einmal antrat oder ausschlug, diesen Schritt nicht beliebig wieder zurücknehmen darf. Hier ist der Erbe freilich an einen giltigen Rechtsact gebunden. Daraus folgt aber nicht, daß, wer einen ungiltigen Act zur Geltendmachung eines Rechtes vornehme, dadurch dieses Recht verloren habe. Ebensowenig können in unserem Falle diejenigen Rechtssätze in Anwendung kommen, wonach bei wirklich zustehenden alternativen Rechten oder Klagen die einmal getroffene Wahl entscheidet. Einestheils hat dies seinen Grund darin, daß ein giltiger Rechtsact nicht einseitig zurückgenommen werden kann, anderentheils ist in unserem Falle von einer dem Beklagten zwischen zwei wirklichen Rechten zustehenden Wahl gar nicht die Rede, da von den beiden Testamenten nothwendig nur eines giltig sein konnte. Auch kann von der in C. 8 de codicill. hinsichtlich der Codicillarclausel enthaltenen Vorschrift auf andere Rechtsverhältnisse nicht geschlossen werden. Denn dieses Gesetz enthält eine singuläre, von allgemeinen Rechtssätzen abweichende Vorschrift, wie dies von

Thibaut, civilist. Abhandl. S. 153—155.

und von

Seuffert, a. a. O. S. 8.

ebenfalls anerkannt ist. Ferner kann auch in der Antretung aus einem ungiltigen Testament eine Verzichtleistung auf das aus einem älteren zustehende Erbrecht nicht erblickt werden. Denn wer die Erbschaft annimmt, hat überhaupt nicht die Absicht, dadurch irgend einen Verzicht auf dieselbe auszusprechen; und wer aus einem Testament antritt, welches er für giltig hält,

er mußte zugleich ein älteres Testament, auch wenn er dessen Dasein kannte, für aufgehoben durch das spätere Testament nsehen.

Nach allgemeinen Rechtsprincipien war demnach die Zu-äßigkeit der fraglichen Einrede nicht zu bezweifeln. Es ist aber uch in fr. 97 de acquir. vel omitt. hered. die entgegengesetzte tnsicht nicht als geltendes Recht ausgesprochen. Wenn der-enige Jurist (Julius Paulus), aus dessen Schriften die itirte Stelle entlehnt ist, nachdem er Papinian's entgegen-tehende Ansicht angeführt und diese als irrig mit Grund be-eichnet hat, endlich beifügt, daß Papinian dennoch nach jener Ansicht den concreten Rechtsfall entschieden habe, so ist kein Grund vorhanden, diese zugleich getadelte Ansicht dennoch als eltendes Recht zu betrachten. Denn es ist eine allgemeine Interpretationsregel: wenn in einer Stelle verschiedene An-ichten angeführt sind, so ist die Ansicht des Juristen, aus essen Schriften diese Stelle entnommen ist, als die gesetzlich ebilligte anzusehen.

Schweppe, röm. P.-R. 4. Ausg. Bd. 1. §. 46.

Dazu kommt, daß diese Ansicht des Paulus mit den allgemei-en Grundsätzen, wie diese im Corpus juris gebilligt sind, ganz bereinstimmt; daß ferner Papinian selbst in

fr. 79 de legat. II.

inen ganz analogen Rechtsfall ebenso entscheidet, und daß end-ich von der Glosse selbst und von der communis opinio der päteren Rechtsgelehrten diese Ansicht als die richtige und gil-ige anerkannt ist, wie dieses außer der Glosse selbst und Bar-olus ad h. l. insbesondere

Duarenus ad tit. D. de acquir. hered. cap. 10.

Jos. Finestres, de acquir. vel omitt. heredit. comment. acad. Part. III. cap. 1. §. 9.

ezeigt haben.

Vom OAG. zu Jena wurde indeß (3. Februar 1837) as Regierungs-Erkenntniß, hauptsächlich aus nachstehenden Motiven, wieder hergestellt:

Sieht man auf die vermuthliche Absicht des Testators, so ann diese kaum eine andere gewesen sein, als daß das frühere Testament nur dann aufgehoben sein sollte, wenn das zuletzt rrichtete giltig wäre. Wollte man nun aber auch annehmen, er in dem späteren Testament enthaltene Widerruf sei als Theil desselben zu betrachten, stehe und falle also mit demselben, nd es wäre somit bei der Ungiltigkeit des späteren Testamen-es das frühere nicht aufgehoben: so ist doch zuvörderst soviel usgemacht, daß dem Beklagten beim Antritte der Erbschaft us dem späteren ungiltigen Testamente ein Rechtsirrthum ır Last fällt. Ein solcher aber soll bekannten Rechtsgrund-ätzen nach

fr. 7. 8. 9 pr. de jur. et facti ignor. 22, 6.

enen nichts nützen, welche etwas erwerben wollen. Es kann aber der Beklagte, der aus dem späteren Testamente ange-eten und sich aus diesem seit mehreren Jahren als Erbe gerirt at, sich nunmehr nicht noch darauf berufen, daß sein Antritt ne ungiltige, wirkungslose Handlung sei. Das zur Unter-ützung der gegentheiligen, von

Francke im Archiv für civil. Praxis Bd. 19. Nr. 7. S. 178 f.

ufgestellten Meinung angeführte

fr. 79 de legat. II.

andelt nur von Fideicommissen, bei welchen überhaupt mildere Grundsätze gelten als bei Testamenten, und in dem einen dem orliegenden ganz gleichen Fall enthaltenden

fr. 97 de acquir. vel omitt. hered.

at die Meinung Papinian's, daß der Antritt des Erben us einem ungiltigen Testamente als Verzicht auf das ihm aus nem früheren giltigen zustehende Erbrecht anzusehen sei, den usschlag gegeben, und ist bei der Entscheidung des Falles be-lgt worden. Wenn nun gleich Paulus seine gegentheilige Meinung dabei mit anführt, so ist doch, indem nach der Mei-ung Papinian's die Entscheidung, sei es nun im auditorium rincipis, oder im auditorium praefecti praetorio, erfolgt ist, apinian's Ansicht als prävalirende, und auch von Justinian ebilligte zu betrachten, und zur Entkräftung dieser Ansicht ann der Grund nicht genügen, daß die Erwähnung der nach apinian's Meinung gegebenen Entscheidung ein bloß histori-sches Anführen sei, und daher keine Berücksichtigung verdiene. Es kommt noch hiezu, daß auch Ulpianus in

fr. 3 pr. si quid in fraud. patroni 38, 5.

die Ansicht Papinian's in einem ähnlichen Falle anführt und dadurch zu der seinigen macht, — was um so mehr Beachtung verdient, als der in dieser Stelle enthaltene Fall das Erbrecht des Patrons in das Vermögen des Freigelassenen betrifft, und ungeachtet des eigenthümlichen Verhältnisses zwischen Freilasser und Freigelassenen die Entscheidung gegen den Patron aus-gefallen ist.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 302.

XII.

Ueber die Frage, ob ein später errichte-tes, aber ungiltiges Testament, ein frü-heres giltiges rumpire, handelt nachstehendes Erkenntniß.

Präjudiz 1.

Kläger selbst bestreiten an sich nicht, daß, wenn das am 17. Decbr. 1852 von der P. errichtete Testament für ungiltig zu erachten sei, alsdann auf das frühere Testament vom 12. August 1844 nebst dazu gehörigem Codicill vom 22. October 1850 zurückzugeben sein würde, und es kann dies auch in der That nicht zweifelhaft sein. Denn nach dem bestimmten Aus-spruche der Gesetze hat ein späteres Testament, welches ungiltig befunden wird, in der Regel nicht die Wirkung, ein früheres an sich giltiges Testament zu rumpiren, und es kann dabei ein-leuchtenderweise auch darauf nichts ankommen, ob in dem spä-teren ungiltigen Testamente das frühere ausdrücklich für aufgehoben erklärt worden.

Vergl. §. 2: Inst. quib. mod. test. infirm. II, 17 „Po-steriore quoque testamento, quod jure perfec-tum est, superius rumpitur“.

§. 7 eod.:

„Divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfec-tum testamentum sine dubio nullum est“.

L. 2 tt. de injust., rupt., irrit. test. 28, 3.

Christ. Greg. Altner, dissert. de test. post. imperfect. prius perf. infirm. Erford. 1723. § 23. jct. §. 12.

Toh. Jac. Reinharth, diss. de test. impert. perf. in-firm. Erford 1735. § 6 sq.

H. J. Schott, comment. ad orat. Pert. de test. perfect. imperf. prius perf. haud infirm. cap. 3. 4 in opusc. jurid. Lips. 1770. pag. 46 sqq.

Donellus, Comment. de jure civ. Vol. III. lib. 6. cap. 16. §§ 6. 7.

Mühlenbruch in der Forts. zu Glück's Pand.-Comment. Bd. 38. S. 359 f.

Curtius, Handb. §. 729 sub A und Not. h.

Urthel des OAG. zu Dresden vom 10. Januar 1856, in S. Windisch u. Cons. c. Neubert.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. für Sachsen N. F. Bd. 16. Hft. 5. Nr. 249. S. 448.

XIII.

Ist über ein mündliches Testament eine Urkunde auf-genommen, und der Erblasser vernichtet diese Urkunde, so nimmt man an, daß diese Vernichtung eine Aufhe-bung des Testaments nicht zur Folge habe.

Man streitet aber, ob in einem solchen Falle, im Zweifel, auch die Legate weg-fallen.

Einige bejahen dies, weil Vermächtnisse durch blo-ßen Widerruf, sei derselbe ausdrücklich oder stillschwei-gend erklärt, aufgehoben werden könnten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 103 in Verb. mit Bd. 38. S. 321.

Andere meinen, da das mündliche Testament fort-bestehe, so müsse auch im Zweifel angenommen werden,

daß es seinem ganzen Inhalte nach fortgelte, und wenigstens dürfe den Legataren nicht der Beweis angesonnen werden, daß der Testator die Legate nicht habe widerrufen wollen.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 33.

Präjudiz 1.

In dem vom Testator selbst ausgegangenen Zerreißen einer über seinen mündlichen letzten Willen errichteten Urkunde muß eine unzweifelhafte Erklärung seiner Absicht gefunden werden, daß die in diesem Aufsatze bekundete Disposition ungiltig und widerrufen sei. Die auf die bloß mündliche Revocation eines Testaments sich beziehende C. 27 de testament. kann auf eine thatsächlich bewirkte Willenserklärung, wie die erwähnte, nicht bezogen werden.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 96.

XIV.

Die bloße physische Zerstörung des Testaments macht dasselbe nur wirkungslos, wenn dieselbe vom Testirer mit Absicht und Willensfreiheit vorgenommen ist; jedoch bestehen verschiedene Zweifel über die Beweislast (wobei freilich die concreten Umstände sehr wesentlich in Betracht kommen). So namentlich streitet man, wer in einem Fall, wenn das Testament entweder bei dem Testirer selbst, oder bei einem Anderen, der es in Verwahrung hatte, zerrissen gefunden wird, zu beweisen habe, ob das Testament vom Testator selbst, oder durch Zufall, oder von einem Anderen, ohne Auftrag des Testators, zerstört sei.

Einige meinen, die Beweislast falle hierbei auf den, qui petit hereditatem oder legatum — wobei allerdings die Umstände sehr wesentlichen Einfluß ausüben würden.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 34.

Andere stellen die Regel auf: wird das Testament bei dem Testirer selbst zerrissen gefunden, so muß vermuthet werden, daß der Testirer es und zwar absichtlich gethan habe, habe aber Jemand anders dasselbe in Verwahrung gehabt, so müsse das Gegentheil vermuthet werden.

Höpfner, Institut. §. 518.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 3. §. 16.
Struv, exerc. jur. civ. exerc. 32. th. 51.
Leyser, med. ad P. sp. 359.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 670.
Thibaut, System §. 977.

Präjudiz 1.

Von zwei Testamentsexemplaren hatte der Testirer das eine in eigener Verwahrung behalten, das andere dem ernannten Testamentsexecutor ausgehändigt. In einem Rechtsstreite, in welchem unter Anderem die Wirksamkeit des erwähnten Testaments zur Sprache kam, wurde von der Klägerin die gänzliche Ungiltigkeit desselben aus dem Grunde behauptet, weil der Testirer das eine in seinen Händen verbliebene Exemplar nach seiner Verheirathung mit der Klägerin cassirt habe. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Dieses Factum würde, da der Testator das zweite Original unvernichtet in den Händen des Testamentsexecutors gelassen hat, an sich noch keineswegs genügen, sondern es müßte immer noch der Beweis hinzukommen, daß der Testator sein Exemplar in der Absicht vernichtet habe, ut intestatus moreretur.

tr. 4 de his, quae in testamento delentur 28, 4.
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26. April 1844.
Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 185.

Testamente, Wirkung der für unwiderruflich erklärten, s. clausula derogatoria c. 5.

Testamentsexecutor.

Lauterbach, diss. de executor. ult. vol.
Leyser, med. ad P. sp. 367.
Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. 1. Heft 2. S. 217.
Scholz, über Testamentsvollzieher.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 390 f.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9 S. 144.
Derselbe, Lehre von den Erbverträgen S. 96 und S. 249 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1011 f.
Sintenis, Civilrecht §. 182.

I.

Ueber den eigentlichen Grund des Rechtsverhältnisses, in welchem der Testamentsexecutor sich befindet, herrscht Streit.

Einige, namentlich Aeltere, wollen das Rechtsverhältniß nach Analogie der Vormundschaft beurtheilen. Zu den Aehnlichkeiten dieser beiden Institute gehöre die Art der Bestellung, indem, wie der testamentarische Vormund, so auch der Testamentsvollstrecker seine Gewalt durch den im Testamente ausgesprochenen Willen des Testators erhalte. Eine fernere Aehnlichkeit beider Institute trete da hervor, wo mit der Testamentsvollstreckung eine Vermögensverwaltung verbunden sei.

A. Faber, err. pragm. dec. 66. err. 6—10.
Mynsinger, responsa juris dec. IV. resp. 35. Nro. 24.
Carpzov, jurispr. Rom. Saxon. P. III. const. 13 def. 37 u. 38.
Struv, jurispr. Rom. Germ. for. lib. II. tit. 29 §. 1.
Stryk, de officio execut. ult. vol. in opp. Vol 1 disp. 11.
Wernher, select. obs. T. III. P. III. obs. 92. Nro 16 sq.
Lauterbach, disp. de execut. vol. ult.

Andere wollen das Recht des Testamentsvollstreckers mit dem Rechte des römischen arbiter gleichstellen. Im Mittelalter habe sich nämlich die auch im canonischen Rechte anerkannte Sitte gebildet, die Verwendung des Nachlasses zu frommen Zwecken ganz oder theilweise einem Executor zu überlassen, wodurch dem arbitrium desselben für diesen Fall ein weites Feld der Wirksamkeit eingeräumt sei, so daß es, in Ermangelung näherer Bestimmungen des Testators, zum alleinherrschenden Princip erhoben worden sei. Der Executor habe daher die Aehnlichkeit mit dem arbitrator, daß er den Umständen gemäß und nach seinem besten Ermessen zu handeln befugt und verpflichtet sei.

Leyser, sp. 374. med. 8.
Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. 1. S. 217 f.
Hellfeld, jurisprud. for. §. 1503.
Thibaut, System §. 1000.

Andere gehen davon aus, daß die Annahme eines einzelnen Mandatscontracts, welcher durch die vom Executor erklärte Zustimmung perfect werde, bedenklich sei, denn nach römischem Rechte erlösche das Mandat durch den Tod eines der Contrahenten und gehe nicht auf die Erben über, während bei der Testamentsvollstreckung der Auftrag erst nach dem Tode des Erblassers perfect

werden solle, ja durch die dann erfolgte Annahme des Auftrags erst ein contractliches Verhältniß begründet werde. Der Todte also contrahire gewissermaßen mit dem Lebenden. Daran aber habe das römische Recht selbst in dem Falle, wo es die Vollstreckung des Mandats nach dem Tode des Mandanten ausnahmsweise anerkenne (L. 12. §. 17. L. 13 D. mand. 17, 1) nicht gedacht, indem nicht von einem testamentarisch ertheilten Auftrage, sondern von einem unter Lebenden gehörig geschlossenen Contracte die Rede sei. Auch das canonische Recht biete keine Anhaltspunkte dar. Denn ohne das Wesen des Mandats irgendwo zu berühren, und das Rechtsverhältniß der Testamentsvollstreckung danach zu bestimmen, spreche es bloß von einem Auftrage des Testators an den Executor, und von dessen Verpflichtung, den einmal übernommenen Auftrag zu vollziehen. Wollte man dennoch die Analogie des Mandats anwenden, so komme dagegen in Betracht, daß die Testamentsvollstrecker eine gewisse Selbständigkeit den Erben gegenüber, welche doch sonst als Repräsentanten des Erblassers das von diesem gegebene Mandat abändern und widerrufen könnten, hätten, während auch auf der andern Seite es ausgemacht sei, daß die Executoren, wenn sie einmal das ihnen anvertraute Geschäft angenommen haben, dasselbe nicht willkürlich wieder abgeben können. Endlich komme dagegen in Betracht, daß, wenn der Auftrag des Testators an den Executor nicht mit einer alle Beziehungen umfassenden Vollständigkeit entworfen sei, — was doch nicht als nothwendig gelte — die Stellung des Executors durchaus unsicher und schwankend sei.

Scheine nun das Mandat nicht auszureichen, so müsse ein neues Princip aufgestellt werden. Unbestreitbar sei nun der Testamentsexecutor eine Mittelsperson, welcher vom Testator ein Theil der Rechte übertragen werde, die sich auf seine Repräsentation nach seinem Tode bezögen. Soweit sein Geschäftskreis reiche, nehme er die Stellung ein, welche nach römischem Rechte dem Erben gebühre, und ihm vom Testator nicht geschmälert werden könne. Als nun die römische Testamentenlehre mit diesen strengen Grundsätzen in Deutschland habe recipirt werden sollen, habe sich jenes Institut schon vorgefunden. Dieses habe man nicht aufgegeben, sondern beibehalten, obschon man sonst das Princip der Erbeinsetzung im Allgemeinen als geltend anerkannt habe. So sei es gekommen, daß der römische Satz, wonach der Erbe den Erblasser ausschließlich repräsentire, in Deutschland nicht praktisch geworden sei, und die Vollziehung des Testaments könne noch immer besonders ernannten Executoren anvertraut werden. Es sei also mit andern Worten die testamenti factio ihrem Inhalte nach für den testator erweitert worden. Darin finde die dem Executor übertragene Gewalt ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung.

Die Vertheidiger dieser Ansicht räumen aber selbst ein, daß man mit diesem Princip nicht immer auslange; die Schwierigkeit beginne erst recht im Detail; es sei auch nicht im Stande, alle Schwankungen und Unbestimmtheiten zu entfernen. Allein es werde doch für die Behandlung der Lehre ein sicherer Standpunkt und eine consequente Rechtsentwickelung gewährt.

Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9. S. 173 f.

Andere erinnern hiergegen: Wenn man auch als gegründet annehme, daß den Executoren nach altdeutscher Auffassung, im Vergleiche zum römischen Rechte und dessen Begriffen, eine solche theilweise Repräsentation des Erblassers zugekommen sei, so sei doch aus der Fortdauer der Gewohnheit, Executoren zu ernennen, bei Annahme des römischen Testamentsrechts im Ganzen nicht schon der Schluß zu ziehen, daß, sobald Executoren ernannt würden, das Princip der Universalrepräsentation nicht zur Anwendung und Herrschaft gelange, sondern nur daß es beschränkt worden sei. Jedenfalls hätte sich bei dieser Collision der Principien wenigstens die Grenze, der Umfang und Inhalt der getheilten Repräsentation ausprägen und gestalten müssen, worin, also im Detail, der ganze Schwerpunkt der Sache liege. Dies sei aber nicht geschehen. Auch lasse sich nicht behaupten, daß das deutsche Institut die Oberhand wirklich gewonnen habe; und wenn man nach den praktischen Folgen frage, so sei bei dem von den Gegnern dargestellten Institute Alles so unentwickelt, zerfahren und bestritten, daß von einer consequenteren Rechtsentwickelung oder der Darstellung eines positiven Rechtsinstituts, d. h. eines Materials von etwas im Rechte schon Gegebenen, nicht die Rede sein könne. Auch sei die Vorstellung von der theilweisen Repräsentation des Erblassers durch den Executor innerlich unrichtig und dieser Begriff auf letzteren nicht anwendbar. Derselbe habe nur auf die Persönlichkeit, d. h. auf die Vermögensrechte des Erblassers gegen Dritte Bezug; der Executor trete aber in dieser Beziehung nicht neben den Erben, sondern zur Sicherung der Ausführung des Willens des Erblassers; er trete eher dem Erben gegenüber und controlire ihn. Er repräsentire in keinem Vermögensrechte den Erblasser, sondern so zu sagen, dessen Willen in gewissen Richtungen. Sodann sei ein wesentlicher Unterschied, daß, während die Repräsentation des Testators eine unendliche sei, weil diese nach seinem Ableben immer wieder durch einen Andern, und so der Testator mittelbar repräsentirt werde, die Eigenschaft des Testamentsvollstreckers mit seinem Tode erlösche.

Aus diesen Gründen sei man zur Beurtheilung der Executoren für das gemeine Recht lediglich auf gemeinrechtliche, d. h. römische Principien hingewiesen. Und dort sei allerdings das Mandat das Einzige, worauf man hingewiesen sein könne. Die Sachlage sei folgende: Es habe sich das im classischen Rechte nur sehr vereinzelt erwähnte Verlangen oder Bedürfniß der Executoren in späterer Zeit allgemeiner gezeigt, anderen Personen als den Erben die Ausführung letztwilliger Anordnungen zu übertragen, um desto mehr versichert zu sein, daß sie auch dann wirklich erfolge, wenn sie den Wünschen des Erben zuwider sein sollten. Verschiedene Gesetze, z. B. L. 12. §. 4 D. de religios. L. 88. §. 1 de leg. II. vergl. mit L. 1. §. 2 D. mand. L. 17 pr. de leg. II. L. 3 u. L. 8 D. de alim. leg. L. 12. L.

13. L. 27. §. 1 D. mand. cap. 28 u. 49 X. de episcop. Nov. 131. c. 11. Nov. 68 (Leonia), bewiesen, daß das Wesen der Sache dem classischen Rechte nicht fremd sei, und in den canonischen Gesetzen wiederhole sich das Nämliche. Ihre weitere Ausbildung und umfassendere Bedeutung habe die Testamentsexecution erst erreichen können, als seit Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland die gerichtlichen Erbregulirungen mit Beschlagnahme des Nachlasses bei vorläufigem Ausschluß der Erben davon üblicher geworden seien. Stets liege aber ein Mandatsverhältniß zum Grunde, und werde solche Testamentsexecution auch im canonischen Rechte ausdrücklich als Mandat bezeichnet. Nehme man nun noch hinzu, daß in den angeführten Digestenstellen ein solches nach dem Tode des Erblassers auszuführendes Mandat allerdings als ein wirkliches und klagbares Rechtsverhältniß anerkannt werde, so sei es unbedenklich, für das Institut der Testamentsvollstrecker und dessen Beurtheilung das Mandat als das einzig mögliche Princip zu betrachten.

Cocceji, exercitat. curios. Vol. II. disp. 47.
Zailer, de execut. ult. vol.
Claproth, von Testamenten §. 110.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch Bd. 3. §. 471.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 657.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 827.
Puchta, Pand. (2. Aufl.) §. 482.
Sintenis, Civilrecht §. 182. Not. 4.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1027.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 396.

Präjudiz 1.

. . . wird mitgetheilt, und da,

wenn gleich von der Appellatin eingestanden ist, daß ihr verstorbener Ehemann Executor des Testaments der N. N. gewesen, sie doch zugleich geleugnet hat, daß derselbe die Verwaltung des auf seine andere Schwester vererbten N. N.'schen Nachlasses gehabt habe, aus der Eigenschaft eines Testamentsexecutors an und für sich auch die Verpflichtung desselben zur Verwaltung der Erbmasse nicht folgt, dessen Verpflichtung vielmehr von den in seiner Bestellung enthaltenen Bestimmungen hierüber, also des testamentarischen von dem Inhalte des Testaments, des vertragsmäßigen von dem Inhalte der Uebereinkunft mit dem Testirer oder dem Erbinteressenten abhängt, und daß hiernach ihm die Administration obgelegen, von dem Appellanten eben so wenig bestimmt hat behauptet werden mögen, als daß er ohne eine solche specielle Verpflichtung derselben sich unterzogen habe; über den Grund der behaupteten Administration es demnach an einer genügenden Angabe mangelt,

so wird abgeschlagen 2c.

Besch. des OAG. zu Wolfenbüttel vom 20. Sept. 1836, in A.-S. Moli c. Moll.

Präjudiz 2.

Eine testamentarische Stipendienstiftung aus dem Jahre 1588 (2000 Goldgulden) war dahin bestimmt:

„Daß der jährliche Zinsertrag davon zweien armen Studenten und zwar zunächst solchen, welche aus seiner, des Testators, väterlicher oder mütterlicher Freundschaft abstammen, jedem zur Hälfte, eine bestimmte Reihe von Jahren hindurch verabreicht werden solle, sofern sie bei einer mit ihnen anzustellenden Prüfung sich dieses beneficii würdig zeigen und auf einer sächsischen Universität studiren." — Zum Executor dieser Verfügung hatte der Stifter den Stadtrath zu W. bestellt.

Von Michaelis 1843 an war die eine Hälfte dieses Stipendiums zur Erledigung gekommen. Zwei Bewerber traten auf, X. und Z. Verwandtschaft, Dürftigkeit, Befähigung, Studiren auf einer sächsischen Universität waren von beiden Seiten nachgewiesen. Der Stadtrath entschied sich für den Bewerber Z. Dies veranlaßte den Vater des X. zur Klagstellung gegen den Stadtrath auf Verleihung des erwähnten Stipendiums. Das Resultat war Abweisung der Klage. In den Motiven des von dem OAG. zu Jena ergangenen Erkenntnisses kommt vor:

„Ungegründet ist der Einwand des Beklagten, daß zur Begründung der vorliegenden Klage neben dem Anführen des Vorhandenseins der stiftungsmäßigen Erfordernisse noch die Behauptung eines besseren oder ausschließlichen Rechtes auf Seiten des Klägers, dem aufgetretenen Mitbewerber Z. gegenüber, gehöre. Nachdem aber der Beklagte die Einrede entgegengesetzt, daß er das erwähnte Stipendium dem ebenfalls stiftungsmäßig berechtigten Mitbewerber Z. bereits verliehen habe, so kömmt es allerdings auf die in der Replik vorgetragene Behauptung an: es sei diese Verleihung an den Z. stiftungswidrig geschehen. — Aus dem von beiden Theilen Beigebrachten stellt sich eine im Wesentlichen gleiche Berechtigung beider Bewerber heraus, jedoch in der Art, daß X. als der Bedürftigere, Z. dagegen als der nach wissenschaftlicher Befähigung Würdigere anzusehen ist; auch ist Letzterer um einen Grad näher verwandt mit dem Stifter. Die Stiftungsurkunde enthält für den vorliegenden Fall der Concurrenz zweier im Wesentlichen gleich berechtigten Bewerber keine Bestimmung. Das Erforderniß der Armuth ist zwar zunächst darin genannt und daher allerdings als ein Haupterforderniß anzusehen, allein der mehreren Größe derselben ist, den übrigen Erfordernissen gegenüber, eine prävalirende Eigenschaft gerade nicht eingeräumt, und bei der nach Zeit-, Orts- und anderen Verhältnissen einleuchtenden Relativität der Vermögensverhältnisse zum wenigsten nicht in der Art anzunehmen, daß daraus eine ausschließende Berechtigung mit Sicherheit abgeleitet werden könnte. — Die rechtliche Stellung der Testamentsexecutoren ist zunächst aus dem Gesichtspunkte eines Mandats aufzufassen,

Beseler, Lehre von den Erbverträgen Bd. 1. S. 284.
Glück, Pand.-Comment. Bd. 43. S. 416.

sie sind daher bei Ausführung ihres Auftrags in zweifelhaften Fällen auf das arbitrium boni viri verwiesen, und es ist ein anerkannter rechtlicher Grundsatz, daß demjenigen, welcher einen letzten Willen zu vollziehen hat, da, wo solcher dem Ermessen einen Spielraum gewährt, die Befugniß, dieses Ermessen anzuwenden, zusteht.

Glück, a. a. O. S. 421.

Wenn nun der Stadtrath zu W., als Testamentsexecutor, von dieser Befugniß Gebrauch machend, bei Vergleichung der Nachweisungen über beide Bewerber mit den stiftungsmäßigen Erfordernissen sich dafür entscheiden zu müssen geglaubt hat, daß der Student Z., als der wissenschaftlich Befähigtere und dem Stifter näher Verwandte, bei Verleihung der erledigten Stipendienstelle dem Studenten X. vorzuziehen sei, so kann darin nach dem Vorbemerkten eine stiftungswidrige Verleihung dieser Stipendienstelle, und somit auch eine Widerrechtlichkeit dem Kläger gegenüber, nicht gefunden werden, umsoweniger, als auch hinsichtlich des ersten Erfordernisses hier nur soviel als ausgemacht anzunehmen ist, daß X. nicht für absolut arm, Z.'s Vermögen aber auch nicht für so bedeutend angesehen werden kann, um den ganzen Studienaufwand aus demselben unbeschadet seiner Substanz bestreiten zu können, über welche letztere ihm zur Zeit die Disposition noch entzogen ist. — Es kömmt hiezu, daß der Stifter in der Anordnung der Prüfung der Beneficaten offenbar einen Werth auf die wissenschaftliche Tüchtigkeit gelegt hat, welche hier im höheren Grade für den Studenten Z. spricht, und in Verbindung mit der ihm ebenfalls zur Seite stehenden näheren Verwandtschaft, welche bei Verleihung von Familienstipendien, nach Analogie von Fideicommissen, in Folge der Rechtsregel: proximior fundatori semper censetur esse dilectior,

Lauterbach, de magis dilecta cap. 5. §. 6.
Reinhard, diss. de eo, quod circa stipendia et studiosorum justum §. 32.
Vgl. fr. 69. §. 3 de legat. II. (31.)

einen Bevorzugungsgrund enthält, der den für den Studenten

X. sprechenden Grund größerer Dürftigkeit wieder paralysirt. Nach Allem stellt sich die klägerische Behauptung, Beklagter habe bei Verleihung der Stipendienstelle stiftungswidrig gehandelt und dadurch das Recht des X. auf den Genuß dieser Stipendienstelle verletzt, als unbegründet dar."

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 205.

Präjudiz 3.

Aus der Bestellung eines Testamentsvollstreckers folgt nicht, daß jede obrigkeitliche Einmischung in die Nachlaßregulirung unzulässig sei. Eine solche Einmischung kann auf einem doppelten Grunde beruhen: nämlich erstens auf der gesetzlich vorgeschriebenen Fürsorge für die bei dem Nachlasse betheiligten Unmündigen, und zweitens auf der allgemeinen Pflicht der Gerichte, über die genaue Ausführung letztwilliger Verfügungen zu wachen. . . . Indessen ergibt sich bei näherer Betrachtung des Verhältnisses auch noch ein anderer Gesichtspunkt, nach welchem ein gerichtliches Einschreiten in die Regulirung des Nachlasses der G. . . . nicht bloß als zulässig, sondern sogar als nothwendig sich darstellen kann. In Folge der Uebernahme der Testamentsvollstreckung entsteht nämlich zwischen dem Testamentsvollstrecker einer-, und den Nachlaßinteressenten andererseits ein dem Mandate gleichstehendes Obligationsverhältniß, dessen Charakter im Allgemeinen sich dahin angeben läßt, daß die Nachlaßinteressenten ein Recht auf Erfüllung aller dem executor testamenti nach Beschaffenheit des concreten Falles obliegenden Verbindlichkeiten, namentlich aber auf Rechnungsablegung über die etwa geführte Vermögensverwaltung haben. Dieses Obligationsverhältniß kann den Erbinteressenten ebenfalls Grund zu Anträgen auf gerichtliches Einschreiten in die Nachlaßregulirung geben, und es wird, wenn dies geschieht, nicht gegen die Bestimmungen des Testamentes, sondern vielmehr in Gemäßheit der letzteren gehandelt. . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom März 1853.

In dem Falle, aus dessen oberstrichterlicher Beurtheilung das Vorstehende entnommen ist, hatte die Erblasserin die Anfechtung des Testamentes oder einzelner Bestimmungen desselben mit dem Verluste der Honoration bedroht. Unter den einzelnen Bestimmungen war auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Als nun von Seite einer Miterbin Anträge auf gerichtliches Einschreiten zur Nachlaßregulirung gestellt wurden, veranlaßte dies eine andere Miterbin, die clausula privatoria gegen erstere geltend zu machen, was aber keinen Erfolg hatte. In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung wurde unter Anderem (insbesondere Aufstellung von Zweifeln darüber, ob nach der Absicht der Erblasserin die privatorische Clausel auch auf die Bestellung des Testamentsvollstreckers Bezug habe) bemerkt:

In dem Antrag auf gerichtliches Einschreiten zur Nachlaßregulirung liege an sich kein Zuwiderhandeln gegen das Testament. Hiezu wäre außerdem noch erforderlich, daß das gerichtliche Einschreiten weder in der vormundschaftlichen Fürsorge für die concurrirenden unmündigen Erben, noch in der allgemeinen Obliegenheit der Gerichte, über die genaue Erfüllung testamentarischer Anordnungen Aufsicht zu führen, noch endlich in dem Obligationsverhältnisse der Erben zu dem executor testamenti seinen Grund habe und seine Rechtfertigung erhalte. In dieser Weise habe aber die Klägerin ihre Klage zu begründen nicht vermocht. . . . Da die Klägerin sich darauf zu beziehen nicht vermocht hat, es sei ein Antrag darauf ausdrücklich gestellt worden, daß die Nachlaßregulirung dem executor testamenti entzogen werden sollte, so hätte es jedenfalls einer genauen Angabe und Beschreibung der Beschaffenheit und des Inhaltes der Beschwerden bedurft, in deren Folge die gerichtliche Regulirung des Nachlasses angeordnet ist. Hiernach erscheint die Klage schon an sich nicht genügend substantiirt. . . .

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 188.

Präjudiz 4.

Nach den Statuten der Civil-Wittwen- und Waisen-Anstalt zu Cassel (§. 18) sollen die Waisen der Mitglieder der Anstalt, welche nicht so viel jährliche Einkünfte zu beziehen hätten, als die Hälfte der Jahrespension der Wittwe betragen würde, zur Pension berechtigt sein. In Gemäßheit dieser Bestimmung hatten die Kinder des Friedrich N. auf die Unterstellung, daß die Voraussetzung des §. 18 vorliege, drei Jahre die Waisen-Pension bezogen. Jetzt erst kam der Direction der Anstalt zur Kunde, daß von einer mütterlichen Großtante den gedachten Waisen ein namhafter Vermögenstheil hinterlassen war, mit der Verordnung, daß die Zinsen daraus bis zu deren Volljährigkeit zum Capital geschlagen werden sollten. Nun klagte die Direction auf Erstattung der entrichteten Pensionsbeträge. Bei Berechnung der jährlichen Einkünfte der N.'schen Kinder seien die Zinsen aus jener letztwilligen Zuwendung ungebührlich außer Ansatz geblieben. Demzufolge sei die Auszahlung der Pension ohne Verpflichtung geschehen, und die Rückforderung begründet. In Beurtheilung dieses Anspruchs sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Derjenige Vermögensbestand, welchen die Schwester des mütterlichen Großvaters der Verklagten diesen letztwillig mit der Anordnung zugewendet hat, daß derselbe auf Zinsen ausgeliehen und den Verklagten erst nach eingetretener Volljährigkeit derselben zu ihrem Nutzen verabreicht werden soll, kann als ein die Mittel zum standesmäßigen Unterhalt gewährender Vermögensstand im Sinne des §. 18 der in Rede stehenden Statuten nicht angesehen werden, da nach Maßgabe der angeführten letztwilligen Disposition die Verklagten vor erlangter Volljährigkeit davon keine Jahreseinkünfte zu beziehen haben. . . .

Die wider die bindende Kraft der erwähnten Anordnung vorgebrachte Ausführung stellt sich als unbegründet dar. Abgesehen von der Frage, ob bei der dargelegten Absicht der Erblasserin, durch Ersparung der Zinsen zu Capital der Verklagten das ihnen Zugedachte in vergrößertem Bestande zuzuwenden, von einem für die Honorirten nicht verbindlichen nudum praeceptum die Rede sein kann, muß jedenfalls der in dem Testamente der Erblasserin ernannte Executor vermöge der gemeinrechtlich über dessen Obliegenheiten bestehenden Grundsätze an sich für verpflichtet angesehen werden, dieselbe in Vollziehung zu setzen.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 5. Mai 1855 (3678).

Einer andern (lediglich römisch-rechtlichen) Ansicht folgte das OAG. zu Dresden.

Aus den Motiven eines Erkenntnisses vom 25. Mai 1855 (Schwennicke und Cons. c. Schmidt und Reinhold) entnehmen wir was folgt:

1) Die testamentarische Bestimmung der verstorbenen B., wonach der von ihr zum Erben eingesetzte Ernst Hugo Sch. von den Einkünften des ihm hinterlassenen Vermögens während seiner Minderjährigkeit nur 200 Thlr. jährlich, von erlangter Mündigkeit bis zum erfüllten 27. Lebensjahre aber nur 300 Thlr. jährlich erhalten, und erst mit Antritt des 28. Lebensjahres ganz freie Verfügung über den Nachlaß erlangen solle, ist aus dem Gesichtspunkt eines sogenannten nudi praecepti aufzufassen. Dies läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, wenn man erwägt, daß nach dem ganzen Inhalte des Testaments die Testirerin keineswegs eine Begünstigung irgend welcher dritter Personen beabsichtigt, sondern lediglich das Interesse des von ihr eingesetzten Erben selbst, welchem das bis zu dessen 28. Lebensjahre etwa Ersparte zu gute kommen sollte, im Auge gehabt hat. Allerdings aber sind Dispositionsbeschränkungen, welche ein Testator lediglich im Interesse desjenigen, dem sie auferlegt werden, namentlich des Erben selbst, verfügt, nach dem klaren Ausspruch der Gesetze,

fr. 114. §. 14 de legat. I.

fr. 38. §. 4. fr. 93 pr. eod. III.

dritten Personen und insbesondere Gläubigern des in solcher Weise beschränkten Erben gegenüber an sich ohne rechtliche Wirkung.

Von selbst folgt hieraus, daß dem Testamentsexecutor eine Befugniß, über die Rechtmäßigkeit der Ansprüche der gegen gedachten Erben Sch. klagenden Gläubiger Gehör zu verlangen, durchaus nicht zusteht, über diese vielmehr lediglich zwischen Sch. und seinen Gläubigern zu entscheiden war, und die Wirkung der von letztern erlangten rechtskräftigen Entscheidung, auch insofern diese auf die dem Sch. von der B. angefallene Erbschaft sich erstreckt, von der Anerkennung des Testamentsexecutors völlig unabhängig ist. . . .

2) Eine besondere Gewalt oder Curatel über den eingesetzten Erben oder die sonst im Testamente honorirten Personen

oder ihr Vermögen ist mit dem Verhältnisse eines Testamentsvollstreckers nicht verbunden, am wenigsten dann, wenn der als Mandant erscheinende Testirer selbst zu den Honorirten nicht in einem solchen Verhältnisse stand, daß letztere ohne seine Zustimmung über ihre Personen oder ihr Vermögen nicht frei disponiren konnten. Eben so wenig begründet das Verhältniß des Testamentsexecutors eine cura hereditatis in dem Sinne, daß dem letztern das Recht einer selbständigen Vertretung des Nachlasses, als eines von der Person des eingesetzten Erben unabhängig gedachten, den Erblasser repräsentirenden Rechtssubjects zukäme.

Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 271.

Präjudiz 5.

In einem Testamente war ein Testamentsvollstrecker ernannt und demselben die ausgedehnteste Vollmacht ertheilt, die ganze Regulirung des Nachlasses zu besorgen, denselben activ und passiv, gerichtlich und außergerichtlich vollständig zu vertreten, Zahlungen für den Nachlaß in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren, Capitale zu kündigen, anderweit zu belegen und den betreffenden Erben zu überweisen, und sollte der Executor zu alle dem befugt sein, was möglicher Weise einem Testamentsvollstrecker in ausgedehntester Weise übertragen werden könnte. Nachdem nun der Testamentsvollstrecker ein Grundstück verkauft und ein Capital cedirt hatte, beantragte derselbe bei dem Stadtgerichte Braunschweig die Verlassung, resp. Umschreibung, wurde jedoch zurückgewiesen, bis er dargethan haben würde, daß sämmtliche Erben volljährig seien.

Die darauf verfolgte Beschwerde wurde von dem Kreisgerichte Braunschweig am 2. Januar 1858 zurückgewiesen,

da, wenn auch Querulant zum Testamentsvollstrecker ernannt und ihm die volle Vertretung des Nachlasses, namentlich dessen Versilberung nachgelassen ist, doch derselbe bei der Testamentsexecution das Interesse der Erben möglichst zu vertreten hat, und daher den Erben das Recht zur Controle und geeigneten Falls selbst zur Protestirung und Anfechtung der Handlungen des Testamentsexecutors nicht versagt werden kann, hieraus aber von selbst folgt, daß, wenn unter den Erben minderjährige Personen sich befinden, das Gericht, welches wegen des Verlasses, resp. der Eintragung der vorgekommenen Veräußerungen von dem Testamentsexecutor angegangen wird, verpflichtet ist, die Frage, ob das Interesse der Minorennen gewahrt ist, in Berücksichtigung zu ziehen und darüber die Erklärung der Vormünder und nöthigenfalls selbst die obervormundschaftliche Genehmigung der Zustimmung der Vormünder zu verlangen, mithin das herzogl. Stadtgericht mit Recht die Nachweisung der Volljährigkeit sämmtlicher Erben gefordert hat.

Eine fernere Beschwerde wurde von dem Obergerichte zu Wolfenbüttel am 20. Februar 1858 gleichfalls zurückgewiesen, in Erwägung,

1) daß zwar die J. in ihrem Testamente die Veräußerung und Einziehung der zu ihrem Nachlasse gehörenden Grundstücke und Capitalien gestattet, sogar angeordnet hat, und in solchen Fällen nach den Vorschriften des römischen Rechts,

L. 1. §. 2. L. 14 D. de reb. eor. 27, 9.
L. 1. 3 C. quando decr. opus non est 5, 72.

zur Veräußerung von Grundstücken und zur Erhebung von Capitalien, bei welchen Minderjährige betheiligt sind, der obervormundschaftlichen Genehmigung es nicht bedarf; daß jedoch

2) die Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten, indem

a) durch die Verordnung vom 3. Febr. 1814. §. 50 die vorgängige Einholung der obervormundschaftlichen Genehmigung zu Verfügungen über Grundstücke und Capitalien, welche Pflegbefohlenen zustehen, allgemein vorgeschrieben,

b) das landesherrliche Rescript vom 18. August 1816 die obervormundschaftliche Genehmigung auch alsdann, wenn der Erblasser die Veräußerung im Testamente angeordnet habe, für nothwendig erklärt und hievon lediglich den Fall, „daß die Verfügung über Grundstücke und Capitalien des Minderjährigen vermöge vollkommener Rechte eines Dritten angefordert werden könne", ausgenommen hat,

Bege, Rep. I. S. 160—162. IV. S. 136. 137.

c) sothane Bestimmungen in das Gesetz vom 15. Octbr. 1832. Nr. 33. §. 12. Abs. 3 übergegangen und zufolge §. 22 des Gesetzes vom 19. März 1850, die Einführung der Gerichtsverfassung betreffend, bestehen geblieben sind, und daß

3) das Vorhandensein des berührten Ausnahmefalles bisher nicht nachgewiesen ist.

Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschweig. Jahrg. 5. Nr. 5. S. 74 f.

II.

Streitig ist in Betreff der Entstehungsart, wie viel Testamentsexecutoren es gebe.

Gewöhnlich werden in der älteren Theorie drei, testamentarii, legitimi und dativi und seit Lauterbach noch eine vierte Art Testamentsexecutoren, nämlich: exec. conventionales, unterschieden.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1629.
Günther, princ. jur. R. §. 803. Nro. 1.
Leyser, med. ad P. sp. 367. m. 2.
Lauterbach, de execut. ult. volunt. c. 3. Nro. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 406.

Andere erinnern hiergegen, die sogenannten conventionales, d. h. diejenigen, welche sich durch einen Vertrag mit dem Erblasser oder Erben zur Uebernahme der Testamentsvollziehung anheischig gemacht haben, seien keine eigentlichen Testamentsvollstrecker:

Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht IX. S. 181.
Scholz, über Testamentsvollzieher S. 44.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1029.

und eben so wenig lasse sich von legitimi und dativi executores testamentorum reden, da z. B. der dativus nur ein Mandatar des Gerichts sei, gegen dessen Bestellung der Erbe Einspruch erheben könne.

Scholz, l. c. S. 44.
Sintenis, Civilrecht §. 182. Not. 14

Andere wollen den competenten Richter stets als gesetzlichen Testamentsvollstrecker ansehen.

Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahr. in S. der freiwilligen Gerichtsbarkeit II. §. 203 u. 211.

Andere halten dies für unzulässig; denn in der Regel sei der Richter nur thätig, wenn er auf gehörige Weise aufgefordert, also wenn die Erfüllung testamentarischer Obliegenheiten mittelst einer Klage von Seiten der dabei rechtlich interessirten Individuen verlangt werde. Doch habe er allerdings das Interesse noch nicht geborener, unmündiger, auch wohl abwesender Personen ex officio zu wahren, namentlich durch Anordnung einer Curatel und dergleichen, welche den Nachlaß sicherstellen solle. Auch sei ihm schon im römischen Rechte zur Pflicht gemacht, die Ausführung gewisser zu begünstigender Anordnungen des Testaments zu besorgen, L. 7 in f. de annuis leg., und in Fällen dieser Art, so wie sonst, wo dies zur rechten Ausführung der letztwilligen Verfügung angemessen erscheine, lasse es sich rechtfertigen, wenn er ex officio einen Vollzieher anordne, welcher dann allerdings ein Mandatar des Gerichts sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 408.

Andere unterscheiden noch zwischen executor testamenti universalis, welcher ganz die Stelle des Erben

vertrete, heredis loco sei, und dem nudus executor, welcher neben dem Erben ernannt werde.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1033.

Vergl.

Roßhirt in s. Zeitschr. Bd. 1. S. 226.

Hiergegen siehe

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 411 bis 415.

III.

Streitig ist, ob der Testamentsexecutor zur Aufnahme eines Inventars verpflichtet sei.

Die Meisten meinen, der Testamentsexecutor habe, um für die ihm anvertraute Verwaltung und für die daraus hervorgehende Verpflichtung zur Rechnungsablage einen bestimmten Anhalt zu haben, vor allen Dingen bei dem Antritt seiner Geschäftsführung ein Inventar — gerichtlich oder vor Notar und Zeugen — aufnehmen zu lassen; ein Privatverzeichniß könne nur da genügen, wo, wie in den Ländern des sächsischen Rechts, noch die eidliche Bestärkung dessen, welcher das Inventar errichtete, hinzutrete.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1042.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9. S. 213 f. und die das. Citirten.
Wolff, Lehrb. I. §. 194.
Lauterbach, diss. de execut. ult. vol. Nro. 13—16.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 416.
Westphal, Rechtsgutachten und Erk. Bd. 1. S. 156.

Andere meinen, diese Pflicht liege dem Executor nur ob, wenn ihm eine eigentliche Verwaltung übertragen sei.

Scholz, über Testamentsvollzieher S. 47 und 58. Nr. 3 und §. 22.

IV.

Streitig ist, welche Befugnisse dem Testamentsexecutor im Allgemeinen zustehen.

Einige meinen, wenn das Amt des Executors durch Vertrag oder Testament einem Magistrate übertragen worden sei, so sehe man ihn jetzt als competenten Richter in allen die Execution betreffenden Streitigkeiten an; einen Privatmann dagegen als bloßen Schiedsrichter.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1502.
Thibaut, System §. 1000.
Scholz, über Testamentsvollzieher S. 56. Not. **.

Andere meinen, wenn der Erblasser die Entscheidung der zweifelhaften Punkte dem Executor überlassen habe, so trete das arbitrium boni viri ein, und der Executor habe in dieser Beziehung zu leisten, quidquid ex bona fide est, wobei er sich namentlich nur durch den muthmaßlichen Willen des Erblassers und überhaupt durch die unbefangene Erwägung aller in Betracht kommenden Verhältnisse bestimmen lassen würde. Habe aber der Testator überhaupt nichts über die Auslegung seines letzten Willens bestimmt, so sei der Executor nicht schon kraft seiner Stellung im Allgemeinen zur Entscheidung befugt; vielmehr bleibe in solchem Falle nur die Einholung der Entscheidung des Gerichts übrig.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1035.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 419.

Andere bezweifeln, daß der Testator dem Executor überhaupt schiedsrichterliche Gewalt übertragen könne, arg. L. 3 C. de jurisdict. 3, 13.

Scholz, über Testamentsvollzieher §. 19.

Siehe hiergegen L. 75 pr. de leg. I. L. 1. §. 1 de leg. II. L. 11. §. 7 de leg. III. cap. 13 X. de test. 3, 26.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 420.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 643.

Präjudiz 1.

Die der Klage aus einer der Erbmasse gegenüber übernommenen Bürgschaft entgegengesetzte Einrede, daß ein früherer Testamentsexecutor dem Beklagten die Bürgschaftsverbindlichkeit erlassen habe, wurde vom OAG. zu Kiel verworfen, weil dem Testamentsexecutor, welcher als solcher die seiner Verwaltung übergebene Masse zu erhalten und möglichst zu vermehren verpflichtet ist, nicht die Befugniß zustehen kann, auf wohlbegründete Rechte der Masse ohne Wiederlage zu verzichten.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 27. Oct. 1852.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 227.

Präjudiz 2.

Darüber verbreitet sich ein oberstrichterliches Erkenntniß in folgender Weise:

Die Streitigkeiten der Erben unter sich wegen der Höhe ihrer Erbtheile gehen den Testamentsexecutor, — welcher in dem betreffenden Testamente schlechthin zum Vollstrecker des letzten Willens und der etwa zu errichtenden Nachzettel ernannt war, — nichts an. Ob ein anerkannter Pflichttheilserbe sich das, was er bereits bei Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, auf seinen Pflichttheil anrechnen lassen muß, oder nicht, ob im letzten Falle die andern Erben soviel, als zum Betrage des Pflichttheils erforderlich ist, von ihrem Erbtheile sich kürzen lassen müssen, kann nur unter den streitenden Erben selbst entschieden werden; ein Anerkenntniß des Testamentsexecutors in dieser Beziehung würde einen Miterben, welcher dem Testamentsvollstrecker keine Vollmacht gegeben hat, in keiner Weise verpflichten.

Erk. des Ober-Tribunals zu Berlin vom 25. Januar 1856.
Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 48

Siehe auch Controv. 1. Präj. 4.

V.

Streitig ist, ob der Richter befugt sei, ex officio dem Executor Rechnung abzufordern und diese zu prüfen und zu moniren.

Einige bejahen dies, arg. des cap. 17 X. de test. cap. 19 eod. und der Clem. un. de test. 3, 6, indem hiernach der ordinarius loci befugt sei, die Religiosen, welche eine Testamentsexecution übernommen haben, zur Rechnungsablage anzuhalten. Der Richter sei nun kraft des Oberaufsichtsrechts befugt, dem Testamentsexecutor ex officio Handlungen zu untersagen, welche dem Willen des Ernennenden zuwiderlaufen, ihn nach vorgängiger Untersuchung seines Amts zu entsetzen, ihn zur Errichtung des Inventars und zur Rechnungsablage anzuhalten und die Rechnung ex officio zu prüfen und zu moniren.

Scholz, über Testamentsvollzieher S. 51.

Andere meinen, dies lasse sich weder theoretisch rechtfertigen, noch sei es in der Praxis anerkannt. Ein officielles Einschreiten sei vielmehr nur statthaft, wenn a) ein öffentliches Interesse vorliege, b) wenn Alimentenverhältnisse angeordnet seien, L. 3 D. de alim. legat., c) wenn sonstige Anordnungen sich im Testamente fänden, deren Ausführung wünschenswerth sei, auf deren Erfüllung aber nicht geklagt werden könne, L. 7 in f. D. de annuis leg., und d) wenn der Richter schon nach allgemeinen Grundsätzen zur officiellen Thätigkeit verpflichtet sei, so namentlich, wenn Minderjährige betheiligt seien, oder der Erbe abwesend und sein Aufenthalt unbekannt sei, so daß Grund vorhanden sei, eine cura hereditatis jacentis anzuordnen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 430.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 642.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1038.

Andere bestreiten überhaupt die Verpflichtung der Testamentsvollstrecker, sogar auf Antrag der Betheiligten, Rechnung ablegen zu müssen.

Mittermaier, d. P.-R. §. 464 a. E.

Vergl. Controv. 1.

VI.

Streitig ist, ob der Testamentsexecutor das Recht habe, das remed. ex leg. ult. C. de edicto D. Hadrian. toll. anzustellen, wie überhaupt Besitz zu ergreifen.

Einige bejahen dies, denn er werde juristischer Besitzer mit der Wirkung der Interdicte, wenn gleich in fremdem Interesse. Es fehle ihm zwar die auf das Eigenthum gerichtete Willensbestimmung und als Mandatar des Erben besitze er auch nicht. Er besitze aber als Mandatar des Erblassers zu einem bestimmten Zwecke unabhängig vom Erben, und es seien ihm deshalb auch die possessorischen Rechtsmittel ebensowohl einzuräumen, wie dem Faustpfandgläubiger, welcher auch für den Schuldner detinire, dennoch aber, seines Pfandrechts wegen, als juristischer Besitzer mit der Befugniß zum Gebrauch der possessorischen Interdicte betrachtet werde. Sowie aber der Executor den Besitz ergreifen könne, so habe er auch einen Anspruch auf die dem Erben zustehenden Rechtsmittel, um die Immission in den Nachlaß zu erlangen. Consequenter Weise sei in beiden Fällen anzunehmen, daß seine Befugniß, so weit solche eben zum Zweck der Testamentsvollstreckung auszuüben sei, die des Erben ausschließe.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1041.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9. S. 211 und die Not. 135 das. Allegirten.
Lauterbach, de execut. ult. vol. cap. 9. Nro. 25 sq.
Hofacker, princip. jur. civ. §. 1631. Nro. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 643.

Andere wollen dem Testamentsexecutor nur Detention gestatten und sprechen ihm das remed. ex leg. ult. ab.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 418 und 443.

Andere meinen, der Executor sei zwar, insofern er den Besitz innehabe, Detentor, auch müsse ihm juristischer Besitz und die Schutzmittel zu diesem Zweck, aber nur in fremdem Namen und niemals gegen den Erben, zuerkannt werden. Nach diesem Princip müsse der Erbe, Dritten gegenüber, allemal wenigstens accessorisches Interventionsrecht haben, während der Executor ihm den Besitz gar nicht absordern könne.

Sintenis, Civilr. §. 182. Not. 6.

Hiergegen siehe

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1041.

Präjudiz 1.

In einem Urtheile des R.-C.-G. (bei v. Cramer, Wetzlar'sche Nebenst. P. CX. Nr. 7) ist den Testamentsexecutoren die immissio ex L. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. zwar abgeschlagen, aber nur, weil das Testament bereits aus erheblichen Gründen angefochten worden war.

Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Th. 9. S. 212 Not. 136.

VII.

Streitig ist, unter welchen Umständen der Testamentsexecutor eine Abweichung von den testamentarischen Bestimmungen vornehmen dürfe.

Einige meinen, entweder müsse die Obrigkeit als supremus executor ultimarum voluntatum solche Abweichung vornehmen oder gutheißen, oder es müsse der übereinstimmende Wille der Erben und sonstigen Interessenten die Abweichung von der testamentarischen Vorschrift beschließen, in welchem letzteren Falle selbst dem Executor kein Widerspruchsrecht zustehe.

Lauterbach, de execut. ult. vol. cap. 9. Nro. 90.
Leyser, med. ad P. sp. 374. med. 10 u. 11.
J. H. Böhmer, cons. T. III. P. III. resp. 572.
Düre, de manofid. cap. 3. §. 14.

Andere meinen, es lasse sich unter Umständen eine Abweichung von den testamentarischen Bestimmungen rechtfertigen, namentlich wenn der Testirer bei seiner Anordnung von einer Voraussetzung ausgegangen sei, die nicht zutreffe, und überhaupt wenn Umstände eintreten, welche es wahrscheinlich machten, daß der Testirer, hätte er sie gekannt, anders disponirt haben würde. In diesen Fällen sei nur gegen die Worte, nicht aber gegen den Willen des Erblassers gehandelt, vielmehr nur der vermuthete Wille des Erblassers zur Ausführung gebracht, L. 7 D. de ann. leg. Dagegen lasse sich die Ansicht, daß der übereinstimmende Wille der Erben und Interessenten ohne oder gegen den Willen des Executors eine Abweichung bewirken könne, nicht rechtfertigen. Nur in sofern eine solche Uebereinkunft einen Verzicht auf Rechte enthalte, welche jeder Erbschaftsinteressent aufgeben könne, L. 11 C. de fideic. 6, 42. L. 88. §. 14 D. de leg. II. L. 71 pr. D. de cond. et demonstr. 35, 1. L. 114. §. 14 de leg. I. L. 38. §. 4. L. 93 pr. de leg. III., lasse sich jene Ansicht rechtfertigen:

Scholz, über Testamentsvollz. §. 25.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 431
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1035.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9 S. 197.

und trete solch ein Fall ein, so genüge die Einigung der Betheiligten mit dem Executor, ohne daß diese Privatvereinbarung obrigkeitlich bestätigt zu werden brauche:

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1035.

Sintenis, Civilr. §. 182 S. 505.

während Andere die Zustimmung der Obrigkeit verlangen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 643.

Siehe die Präj. zu Controv. 1.

VIII.

Sind mehre Executoren ernannt, so ist es Regel, daß sie vereint handeln müssen, cap. 6 de proc. in Vito 1, 19.

Streitig ist aber, wie es zu halten sei, wenn die verschiedenen Executoren unter sich dissentiren.

Einige meinen, daß dann Stimmenmehrheit entscheide, und im Falle der Stimmengleichheit die Sache dem geistlichen oder weltlichen Richter zur Entscheidung vorgelegt werden müsse. Man beruft sich auf analoge Vorschriften in Betreff mehrer Schiedsrichter, L. 17. §. 6. L. 27. §. 3 D. de recept. 4, 8. cap. 39 X. de off. et pot. jud. 1, 29.

Lauterbach, diss. de execut. ult. vol. cap 9. Nro. 122 und die das. Alleg.
Dürr, de manuf. cap. 3 §. 26.
Struv, jurispr. for. lib. 2. tit. 29. §. 5.
Günther, princ. jur. pr. §. 803.

Andere meinen, jene Analogie passe nicht, wie denn auch nach jenen Gesetzen nicht die Entscheidung des ordentlichen Richters erfordert werde, sondern ein sogenanntes superarbitrium gewählt werden müsse. Außerdem spreche dagegen, daß ja jeder Testamentsexecutor für berechtigt gehalten werden müsse, zur Ausführung der aufgetragenen Geschäfte gerichtliche Zwangsmittel gegen Jeden, der ihn daran hindert, in Anspruch zu nehmen. Gehe man hiervon aus, so müsse jeder Executor befugt sein, eine richterliche Entscheidung über den Dissens zu veranlassen, auch wenn alle übrigen seiner Ansicht widersprechen, und unter sich übereinstimmen sollten.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 435.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 644.
Sintenis, Civilrecht §. 182. S. 505.

Andere meinen, es empfehle sich die fast allgemein angenommene Ansicht als die richtige, daß die mehren Executoren, unter welchen die Geschäfte nicht besonders vertheilt wären, dieselben möglichst in Gemeinschaft führen müßten, wenn aber der Eine an der Theilnahme gehindert sei, und die Sache keinen Aufschub leide, der Andere auch allein handeln könne. Bei Meinungsverschiedenheiten müsse die Stimmenmehrheit, insofern sie überhaupt eintreten könne, den Ausschlag geben; sonst werde der Ausspruch eines **Schiedsgerichtes** einzuholen sein, um die Differenz auf angemessene Weise zu lösen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1036.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9. S. 200.

IX.

Streitig ist, ob dem Executor die Befugniß zustehe, einen Andern zu substituiren, auch wenn ihm solches nicht ausdrücklich gestattet ist.

Einige bejahen dies allgemein, sofern das Geschäft nicht von der Art sei, daß es ganz besondere Thätigkeit und Aufmerksamkeit erfordere, arg. cap. fin. de procur. in Vito 1, 19.

Lauterbach, diss. de execut. ult. vol. cap. 5. Nro. 14—20.

Andere stimmen dieser Ansicht zwar bei in Betreff des legitimus executor, indem dieser sein Amt nicht einem besonderen Vertrauen zu seiner Person verdanke. Für die übrigen Testamentsexecutoren dagegen müsse als Grundsatz festgehalten werden, daß das Substitutionsrecht, außer in besonderen Behinderungsfällen, ihnen nicht zustehe, da der Auftrag zur Vollziehung einer letztwilligen Verfügung doch sicher ein ganz vorzügliches Vertrauen zu der Person des Gewählten voraussetze.

Scholz, über Testamentsvollzieher §. 11. S. 37. Nr 5.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 437.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 644.

X.

Streitig ist, ob der Testamentsexecutor ein Salair beanspruchen dürfe.

Einige verneinen diese Frage, indem sie die Frage wegen der etwaigen Honorirung des Testamentsexecutors nach Analogie des Mandats beurtheilen. Wenn dem Testamentsexecutor jedoch im Testamente eine eigentliche Belohnung oder ein Jahrgehalt ausgesetzt sei, so erscheine er damit als wirklich honorirt.

Holzschuher, Th. 2 Abth. 1. S. 644.
Beseler in der Zeitschr. für teutsch. Recht Bd. 9. S. 203 und die dort Gen.
Schweppe, röm. P.-R. §. 943.
Sintenis, Civilr. §. 182 S. 507.
Lauterbach, de execut. ult. vol. c. 10.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 471.

Andere machen eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Testator Geschäftsmänner, wie Advocaten, zu Testamentsvollstreckern ernenne; bei diesen verstehe sich die Belohnung von selbst, da sie solche Geschäfte um des Erwerbes willen übernähmen; sie könnten für ihre Mühwaltung die taxmäßigen Gebühren verlangen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1037.
Wernher, observ. sel. T. III. P. III. observ. 92. Nro. 13.

Andere halten die Obrigkeit für ermächtigt, falls das Vermögen nicht unbedeutend, das Geschäft aber beschwerlich ist, dem Executor ein Salair auszusetzen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 448.

XI.

Streitig ist, ob die Ernennung der Testamentsexecutoren ein förmliches Testament oder Codicill voraussetze.

Einige meinen, jede formlose Erklärung des Erblassers reiche zur Ernennung des Testamentsexecutors hin.

Lauterbach, diss. de execut. ult. volunt. cap. 4. Nro. 26—33.
Claproth, von Testamenten, Codicillen u. s. w. S. 438.
Scholz, über Testamentsvollzieher (1841) S. 37. Nr. 2.

Andere meinen, ein Testamentsexecutor könne nur in einer zu Recht beständigen letztwilligen Verfügung, sei es ein Testament oder ein Codicill, ernannt werden:

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 406.
Beseler in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 9. S. 156 und 199. Not. 109 a. E. S. 207. Nr. 10a.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 182.

jedoch könne man den in einem Intestatcodicille ernannten Executor nicht wohl einen Testamentsexecutor nennen.

Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 182. Not. 35 a. E.

XII.

Der Testamentsexecutor ist einem jeden Interessenten zur Rechnungsablage verpflichtet.

Streitig ist aber, mit welcher Klage diese Rechnungsablage gefordert werden kann, und welche Klage der Testamentsexecutor gegen die Erben habe.

Einige meinen, die actio mandati sei zulässig, wenn das Verhältniß auf einem eigentlichen Mandate beruhe, L. 12. §. 17. L. 13 D. mandati; außerdem aber (und namentlich in dem gewöhnlichsten Falle der Ernennung der Testamentsexecutoren im Testamente) stehe dem Executor die actio ex testam. gegen die Erben zu, um die Mittel zur Erfüllung seines Auftrags zu erlangen, wenn er zur Auszahlung der Legate unmittelbar verpflichtet sei; auch möge man eine solche Klage actio in factum oder imploratio judicis nennen. Die Gebinteressenten endlich sollten den Testamentsexecutor mit der actio utilis ex test. angreifen, L. 108. §. 12 D. de legat. I. vergl. mit L. 50. §. 1 D. de hered. pet. 5, 3. L. 7 in f. D. de annuis leg. 33, 1. L. 92 D. de cond. et demonst. 35, 1. Denn in dem Falle, wo der Testamentsexecutor heredis loco sei (also im Falle, wo z. B. eine pia causa zum Erben eingesetzt sei), würden die erbschaftlichen Klagen ihm und wider ihn gegeben, gleich als wäre er selbst der eigentliche Testamentserbe, L. 49. §. 4 D. de episc. et cleric.

Glück, Pand. Bd. 43. S. 441 f.

Vergl.

Lauterbach, de execut. ult. vol. c. 9. Nro. 170.
Roßhirt, Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 8. S. 233 sub e.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 645.

Andere meinen, obwohl der Testaments-Executor zur Auszahlung der Vermächtnisse verpflichtet sei, so lasse sich doch nicht behaupten, daß die Vermächtnißnehmer, selbst wenn der Executor die Masse in den Händen habe, darauf gegen ihn klagen könnten, so wenig als daß der Executor, wenn er keine Mittel zur Entrichtung der Vermächtnisse in den Händen habe, den Erben verklagen könne. Beides würde gegen die unantastbare Repräsentation des Erblassers durch den Erben verstoßen. Man gelange überhaupt in unauflösliche Schwierigkeiten, wenn man vom geraden Wege, d. h. der Linie vom Gesichtspunkte des Mandats, abweiche.

Sintenis, Civilrecht §. 182. Not. 17 u. Not. 9.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1045.
Westphal in den Rechtsgutachten und Erkennt. II. Nr 637.

XIII.

Ueber die Frage: welche Behörde verbunden sei, auf den Fall, daß entweder gar kein executor test. ernannt worden oder der ernannte vor Beendigung des ihm aufgetragenen Geschäfts gestorben ist, für die Befolgung der letztwilligen Disposition Sorge zu tragen? spricht sich nachstehendes Erkenntniß aus:

Präjudiz 1.

Wenn der Testator entweder keinen Vollstrecker seines letzten Willens ernannt hat, oder der ernannte dem Auftrage nicht entsprechen kann, so ist die Aufrechthaltung der letztwilligen Disposition als eine der Obrigkeit obliegende Pflicht anzusehen.

L. 1 D. Si quis omissa causa testam. 29, 4: „Praetor voluntates defunctorum tuetur."
Carpzov, defin. for. P. 3. const. 13. defin. 37: „Planc etsi in testamento nominatus executoris officium in se suscipere nolit, tamen testatoris voluntas exitu non destituetur, quia hoc casu magistratui incombit, ut vel ipse testamentum exequatur, vel alium executorem constituat."

Hierzu ist nicht dasjenige Gericht, bei welchem das Testament deponirt worden, als solches competent; vielmehr liegt diesem zunächst nichts weiter ob, als die gehörige Aufbewahrung, Eröffnung und Mittheilung des letzten Willens.

Nach diesen Grundsätzen hat das Appellationsgericht zu Leipzig in Sachen Müllerin c. Seyffertbin und Cons. im Jahre 1835 entschieden und das Oberappellationsgericht zu Dresden hat diese Entscheidung im Jahre 1836 aus denselben Gründen bestätigt.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen. Bd. 1. Nr. 4. S. 60 f.

XIV.

Befindet sich der Testamentsexecutor im Besitz des Nachlasses oder der vermachten Objecte, so streitet man, ob die Vermächtnißnehmer ihn auf das, was er ihnen zu leisten oder zu zahlen hat, verklagen können.

Einige verneinen dies, da die actio ex testamento nur gegen diejenigen statthabe, welche als Erben die Erbschaft erworben haben, die sonstigen Klagen eines Legatars aber nur gegen die, welche in eigenem Namen das vermachte Object besitzen, zulässig seien.

Sintenis, Civilrecht §. 182. Not. 9.
Westphal, Rechtsgutachten und Erkenntn. Bd. 2 Nr. 637.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1045.

Andere meinen, es könne dieserhalb gegen den Executor geklagt werden; wenn aber die Giltigkeit der Vermächtnisse noch zweifelhaft sei, so würde der Executor ohne Einverständniß mit den Erben weder erfüllen noch genöthigt werden dürfen, sich in einen Proceß einzulassen. — Die Zulässigkeit der actio ex test. findet ja dem Wesen nach gegen jeden Onerirten statt, L. 108. §. 12 de leg. I., für einen solchen könne der Executor allerdings gehalten werden, sofern er sich im Besitz von Nachlaßgegenständen befinde, und die Leistung unzweifelhaft geschehen müsse nach dem Grundsatze: es kann Jeder onerirt werden, der etwas zum Nachlasse Gehöriges hat, arg. L. 1. §. 6 de leg. III. L. 77 de leg. I.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 422

XV.

Streitig ist das Verhältniß des Testamentsexecutors zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft.

Einige meinen, soviel stehe fest, daß nach den Grundsätzen, welche vom Generalmandat gelten, der Testamentsexecutor im Allgemeinen befugt sei, ausstehende Capitalien zu kündigen, einzuholen, über die Zahlungen giltig zu quittiren und Zahlungen zu leisten, L. 58. L. 59 D. 3, 3. L. 11 D. 2. 14. Der Testamentsexecutor sei aber auch für die im Interesse der Erbschaft zu führenden Processe activ und passiv legitimirt.

Lauterbach, de execut. ult. vol. c. 9. Nro. 52
Beseler in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 9. S. 218 und die Not. 145 das. Aufgef.
Struben, rechtl. Bedenk. Bd. 4. Nr. 188.
Scholz, Testamentsvollzieher §. 22.

Andere meinen, es sei zwar im Allgemeinen anzunehmen, daß dem Executor alle Klagen, deren Anstellung zur gehörigen Regulirung der Erbschaft nöthig sei, zuständen, namentlich gegen säumige Schuldner und die Besitzer von solchen Erbschaftssachen, welche zur Masse gezogen werden müßten. Weiter dürfe aber die Befugniß des Executors zur Klaganstellung nicht ausgedehnt werden. Denn nicht er, sondern der Erbe sei der Repräsentant des Erblassers in activer Hinsicht, und wenn daher einer Klage des Executors Einreden entgegengesetzt würden, welche das Klagerecht zerstörten, so würde nicht er, sondern der Erbe, um dessen Recht es sich handle, zur Fortführung des Processes für befugt erachtet werden können. Ebenso sei es bedenklich, den Executor für alle von den Erbschaftsgläubigern zu erhebenden Klagen für passiv legitimirt und als den rechten Verklagten anzusehen. Denn der wahre Repräsentant in passiver Hinsicht sei allein der Erbe; dieser allein sei befugt und verpflichtet, die Erbmasse passiv zu vertreten. Es könne auch davon nicht die Rede sein, daß der Erbe, wie die Gegner wollten, im Allgemeinen die Proceßführung des Executors anzuerkennen hätte und daß daneben dem Erben doch ein Interventionsrecht zustehe. Denn das Interventionsrecht würde dem Erben, wenn er die Proceßführung des Executors anerkennen müßte, nicht viel helfen. Denn sei einmal der Executor der rechte Verklagte, so würde der Erbe nur als accessorischer Intervenient auftreten können, und also den Proceß in der Lage, in welcher er sich gerade befinde, aufzunehmen haben, ohne von den selbständigen Vertheidigungsmitteln, wenn das zu deren Vorbringen bestimmte Proceßstadium vorüber wäre, Gebrauch machen zu können.

Es sei deshalb höchstens zuzugestehen, daß der Executor den Begriff eines negot. gestor (des Erben) für sich in Anspruch nehme, was unter Umständen der Fall sein könne. Er brauche sich aber auf die gegen den Erben möglichen Klagen nicht einzulassen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1044.
Sintenis, Civilrecht §. 182. Not. 8.

Andere meinen, namentlich könne der Testamentsvollstrecker ohne Genehmigung der Betheiligten keine Vergleiche abschließen.

Beseler in der Zeitschrift für deutsches Recht Th. 9. S. 218.
Lauterbach, de execut. ult. vol. cap. 9. Nro. 55.

Präjudiz 1.

Ein Erkenntniß des OAG. zu Dresden vom 1. März 1849 enthält in seinen Entscheidungsgründen über diese Frage Folgendes:

„Darüber, daß ein Erblasser in seinem letzten Willen einen Testamentsvollstrecker ernennen könne, und daß die Erben, wenn sie das Testament anerkennen, sich den von dem Erblasser auch in dieser Beziehung getroffenen Anordnungen zu fügen haben, ist weder nach gemeinem, noch nach sächsischem Rechte ein Zweifel zu erheben. Man kann auch zugeben, daß es, selbst wenn das Testament davon speciell nichts enthält, in den allgemeinen Pflichten des Testamentsexecutors liege, für Einbringung der zum Nachlaß gehörigen Ausstände „Sorge zu tragen“, wie sich

Curtius im Texte des Handbuchs des Civilrechts §. 827.

ausdrückt. Nur folgt daraus nicht, daß der Testamentsvollstrecker, als solcher, den Schuldnern des Erblassers gegenüber, zur Klageanstellung in seinem Namen legitimirt sei, zumal dann nicht, wenn ihm nicht der Testator ausdrücklich die Verwaltung des Nachlasses übertragen hat (s. Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Pand.-Comm. Th. 43. S. 423 f.). Der Vollstrecker eines Testaments steht dem Vertreter einer Verlassenschaft, zu welcher noch kein Erbe vorhanden ist, nicht gleich. Hat der Erblasser, wie hier, mehre Erben hinterlassen, und über das in Frage befangene Activum nicht besonders disponirt, so gehört es nach klarer Vorschrift der Gesetze,

fr. 2. §. 5. fr. 4 pr. fr 25. § 1. fr. 51. § 1 fam. herc. 10. 2.
C. 6 eod 3, 36.

sofort vom Erbantritte an, ohne daß es deshalb einer Theilung und Theilungsklage bedarf, jedem Erben zu seinem Erbantheile, welchem deshalb ohne Weiteres die Klage auf seinen Antheil gegen den Schuldner zusteht, wodurch indessen natürlich nicht ausgeschlossen wird, daß die Erben zusammen durch einen gemeinschaftlichen Actor klagen können. Der Schuldner ist solchenfalls nicht verbunden, sich auf die Klage eines Andern als des Erben, oder des durch Cession oder sonst legitimirten Rechtsnachfolgers des Erben einzulassen.“

Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 73.

Präjudiz 2.

Im Testamente des R. war der Advocat J. zum Testamentsexecutor mit der Bestimmung ernannt worden, alle außenstehenden chirographarischen und nicht mit pupillarischer Sicherheit versehenen hypothekarischen Forderungen einzuziehen. Gleichwohl wurde ihm von F., gegen den er ein handschriftlich ausgeliehenes Capital einklagte, die Befugniß zur Einklagung von Nachlaßactiven bestritten. Der oberste Gerichtshof verwarf den betreffenden Einwand, jedoch mit der Bestimmung, daß dem Beklagten beim Ausflüchtsbeweise (die Einrede der Zahlung war entgegengesetzt) der Eidesantrag gegenüber der R.'schen Testamentserbin zu verstatten sei.

Gründe.

„Bei Beurtheilung der Frage über den Umfang der Befugnisse und Verbindlichkeiten eines Testamentsexecutors ist vor allen Dingen auf dasjenige Rücksicht zu nehmen, was in dieser Beziehung der Testator selbst im Testamente angeordnet hat. Denn es hängt von der Willkür des Testators ab, wie weit er den an den von ihm ernannten Testamentsvollzieher gerichteten Auftrag erstrecken will. Der letztere ist daran gebunden, sobald er den Auftrag angenommen hat, und Gleiches ist der Fall rücksichtlich der ernannten Erben, wenn sie das Testament anerkennen, beziehungsweise in Gemäßheit desselben die Erbschaft antreten. In der Verpflichtung der Erben, den dem Testamentsexecutor vom Testirer ertheilten Auftrag in seinem vollen Umfange gelten zu lassen, liegt aber auch zugleich der Grund, weshalb dritten Personen kein Einwand gegen die dem Testamentsvollzieher beigelegten Befugnisse zusteht, da es denselben gleichgiltig sein kann, ob sie mit den Erben wegen der den Nachlaß tangirenden Angelegenheiten unmittelbar verhandeln, oder es mit einem Dritten zu thun haben, welchen die Erben als Repräsentanten ihrer Rechte und Verpflichtungen innerhalb

des vom Testirer demselben ertheilten Auftrags anerkennen müssen. Hat mithin der Testator den von ihm ernannten Testamentsvollzieher ausdrücklich mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragt, so werden demselben alle die Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche ein Verwalter fremden Vermögens hat, zukommen, wenn schon an sich die Function eines Testamentsexecutors auf die eigentliche Nachlaßverwaltung sich regelmäßig nicht erstreckt. Insbesondere wird aber auch der Testamentsvollzieher zur Einklagung von Activen des Nachlasses berechtigt erscheinen, dafern der Testirer ihn speciell dazu beauftragt hat, selbst wenn in anderer Beziehung die Verwaltung des Nachlasses ihm nicht oder nicht ausschließlich übertragen wäre.

Der Einwand, daß die Nachlaßschuldner dadurch in eine schlimmere Lage versetzt würden, als wenn die Erben selbst gegen sie klagend aufträten, indem sie gegen letztere in der Wahl der Beweismittel etwaiger Ausflüchte nicht beschränkt seien, wohl aber dies dem Testamentsexecutor gegenüber insofern angenommen werden müsse, als gegen diesen wegen seiner Eigenschaft als Mandatar des Erblassers der Eidesantrag ausgeschlossen erscheine, da Eide nicht von Bevollmächtigten, sondern von den Parteien selbst zu leisten seien, kann mit Grund nicht entgegengestellt werden. Denn da, wie bereits bemerkt, die Erben durch die Anerkennung des Testaments — welche überhaupt die Vorbedingung ist, unter welcher die Ernennung eines Testamentsexecutors rechtliche Folgen haben und zur Ausführung gelangen kann — an den dem Testamentsvollzieher ertheilten Auftrag gebunden sind, so stellt sich derselbe insoweit auch als ihr eigener Mandatar und Stellvertreter dar, und es folgt hieraus, daß bei entstehenden Processen gegen Erbschaftsschuldner das eigentliche dominium litis nicht dem executor testamenti, sondern den Erben selbst zusteht, daher der verklagte Schuldner, insofern er sich zum Beweise von Ausflüchten des Eidesantrags als Beweismittels bedienen will, dies zu thun keineswegs behindert, der Eid vielmehr als den Erben angetragen zu betrachten ist und vorkommenden Falles von diesen zu leisten sein wird.

Wenn nun, was den vorliegenden Fall betrifft, der im Testamente des verstorbenen N. ernannte Testamentsvollzieher ausdrücklich vom Testirer ermächtigt worden ist, alle außenstehenden chirographarischen und nicht mit pupillarischer Sicherheit versehenen hypothekarischen Forderungen einzuziehen, und hierin zweifelsohne zugleich der Auftrag zur Einklagung für den Fall nutzloser außergerichtlicher Mahnungen erblickt werden muß, übrigens aber das gedachte Testament von der eingesetzten Erbin anerkannt worden ist, so hat die vom Testamentsexecutor gegen Beklagten erhobene Klage auf Rückzahlung eines chirographarischen Darlehns von 100 Thlrn. zum N.'schen Nachlasse allerdings aufrecht erhalten werden müssen; es ist aber, da Beklagter die Ausflucht der Zahlung vorgeschützt hat, bei dem desfalls erkannten Beweise demselben der Gebrauch der Eidesdelation gegenüber der eingesetzten Erbin zu verstatten gewesen, was die Wirkung hat, daß eintretenden Falles letztere den deferirten Eid zu leisten hat."

Erk. des OAG. zu Dresden vom April 1852.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 226.

Präjudiz 3.

Gestützt auf das ihm von dem zuständigen Gerichte ertheilte Curatorium klagte der Curator einer Erbmasse gegen einen Schuldner derselben. Dieser bestritt die Legitimation des Klägers, indem er auszuführen suchte, daß es an einer rechtlichen Veranlassung zu dieser Curatelbestellung gefehlt habe, und dieselbe daher nichtig sei. Das OAG. zu Kiel verwarf aber diese Einrede, weil der Beklagte in seiner Eigenschaft als Schuldner der Masse so wenig legitimirt ist, das formell fehlerfreie Curatorium aus dem angeführten Grunde anzufechten, als dabei ein rechtliches Interesse auf seiner Seite obwaltet, daß er, gestützt auf die Rechtsvermuthung der Legalität gerichtlicher Handlungen, ohne alle Gefahr an den vom Gerichte bestellten Curator zahlen und mit ihm Processe führen kann, indem, selbst wenn das Curatorium etwa später auf den im Wege der Extrajudicialdeschwerde anzubringenden Antrag der betheiligten Erben aus dem von dem Beklagten vorgebrachten Grunde gerichtlich für nicht zu Recht beständig erklärt werden sollte, doch die von dem Curator als solchem inzwischen vorgenommenen Handlungen, sofern durch dieselben dritten Personen Rechte erworben worden, diesen gegenüber giltig bleiben würden.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 28. Oct. 1852.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 219.

Präjudiz 4.

In dem Testamente des Oberamtmanns C. war v. H. zum Executor des Testaments ernannt, im Allgemeinen, ohne denselben zur Vornahme gewisser Geschäfte zu autorisiren. Nachdem der Executor gegen Gebrüder B. unterm 4. April 1853 Klage auf Zahlung einer Wechselforderung des Erblassers eingeleitet hatte, wurde derselbe durch Erkenntniß des Kreisgerichts Braunschweig vom 19. April 1853 wegen mangelnder Legitimation zur Einziehung von Nachlaßausständen mit der Klage zurückgewiesen, weil der Testamentsvollstrecker an sich zu der Verwaltung des Nachlasses, in Bezug auf welchen er ernannt worden, also auch zur Einziehung, resp. Einklagung von Nachlaßausständen nicht befugt erscheine, die Befugniß hierzu vielmehr aus den für seine Bestellung enthaltenen Bestimmungen sich zweifelsfrei ergeben müsse.

Durch obergerichtliches Erkenntniß vom 11. Juni 1853 wurde das kreisgerichtliche bestätigt in der Erwägung, daß die Befugniß eines Testamentsvollziehers, erbschaftliche Activa, zumal ipso jure getheilte nomina einzuklagen, weder in der rechtlichen Stellung desselben an sich enthalten,

Mühlenbruch in Glück's Pand. Th. 43. §. 1501. S. 423
Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. 3. Nr. 73

noch im vorliegenden Falle als aus dem Zwecke der Ernennung hervorgehend nachgewiesen ist.

Zeitschr. für Rechtspfl. für Braunschw. Jahrg. 2
Nr. 2. S. 26.

Präjudiz 5

. . . wird zum Bescheide ertheilt, daß,

da Appellat zufolge des von der verstorbenen Wittwe Mecke errichteten Testaments zum Vollstrecker der darin enthaltenen letztwilligen Verfügungen allgemein, und ohne Beschränkung auf einzelne Verrichtungen ernannt, von ihm das Geschäft übernommen, und derselbe in der Qualität eines executor universalis zur Vornahme aller derjenigen Handlungen, welche die Regulirung und Vertheilung des Nachlasses den testamentarischen Anordnungen gemäß zum Gegenstande haben, berechtigt und verpflichtet, folglich zur Erhebung und Einklagung der Erbschaftsforderungen legitimirt ist,

Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd 1
H. 2. Nr. 5. S. 232.

dazu einer Bevollmächtigung von Seiten der Erben und hinsichtlich der minderjährigen Miterben der obervormundschaftlichen Genehmigung es nicht bedarf; und wenn eine Cautionsbestellung für erforderlich gehalten werden könnte, solche nicht den Erbschaftsschuldnern, sondern den instituirten Testamentserben vom Appellaten zu leisten sein würde,

so wird abgeschlagen.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 12. April 1836.
in S. Overlach c. Mecke.

Siehe auch die Präj. zu Contr. 1.

XVI.

Streitig ist, ob eine Kündigung des Executors von Seiten der darüber einstimmigen Erbinteressenten zulässig sei.

Einige meinen, die Frage sei allgemein weder zu bejahen noch zu verneinen; die von den Erben aufgetragene Testamentsvollziehung stehe ganz unter den Grundsätzen des Mandats, wonach Kündigung zulässig sei. Wenn aber ein durch Testament dem Testamentsexecutor gewordener Auftrag angenommen sei, oder Jemand von der Obrigkeit zum Executor bestellt worden, dann dürfe einseitig nicht gekündigt werden. Nat

allein aus Gründen, — wegen Unfähigkeit, Ungeschicklichkeit — seien die Interessenten berechtigt, bei der Obrigkeit auf seine Entfernung anzutragen, cap. 19 X. de testam.

Scholz, über Testamentsvollzieher S. 48.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 438 f.
Beseler in der Zeitschrift für deutsch. Recht Bd. 9. S. 196.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 1034.
Stryk, de off. execut. ult. vol. in opp. Vol. X. disp. 10. Nro. 15.

Andere halten eine Kündigung des Executors von Seiten der darüber einverstandenen Erbinteressenten für zulässig, bloß um deswillen, weil sie die Vollstreckung nicht durch ihn beschafft wissen wollten; gleichsam, als wenn der Executor der Mandatar der Erben wäre.

Leyser, med. ad P. sp. 374. med. 3. 4 u. 11.

Siehe hiergegen

Müller ad Leyser. med. obs. 427.

Präjudiz 1.

Da Testamentsexecutoren, wenn gleich deren Beauftragung ursprünglich vom Testator ausgeht, doch, insofern als sie, wie es bei der Einziehung erbschaftlicher Activforderungen der Fall ist, lediglich zum Vortheile der Erben handeln, und als im Interesse derselben beauftragt, mithin als deren Mandatare erscheinen, den Erben es daher unbenommen ist, in solcher Hinsicht das von dem Erblasser ertheilte Mandat überall, oder aber für einzelne Posten zu jeder Zeit zurückzunehmen und einen darüber bereits erhobenen Rechtsstreit fallen zu lassen, dazu aber, da das Mandat und mittelst desselben die Sachlegitimation der Testamentsexecutoren in Kraft des Testamentes bis dahin fortbesteht, als nicht die Zurücknahme erklärt ist, eine Revocation von Seiten sämmtlicher Erben erforderlich sein würde, welche beizubringen, dem Beklagten jederzeit unbenommen bleibt. . .

Erk. des OAG. zu Wolfenbüttel v. 3. Jan. 1832, in S. des Hoffmann'schen Testamentsexecutors Leusmann c. Schröder.

Testamenti factio, inwiefern ist sie bei Vermächtnissen erforderlich? s. Vermächtnisse A. c. 3. 4.

Testamenti factio activa.

Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 49.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 347 f. Bd. 34. S. 83 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 911 f.
Heimbach sen. das. Bd. 10. S. 718 f.
Buchholtz, jurist. Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts Nr. 5.

I.

Streitig ist, ob usurarii manifesti zur Errichtung eines Testaments fähig sind.

Einige meinen, notorische oder offenbare Zinswucherer, wie man gewöhnlich usurarii manifesti übersetze, seien durch cap. 2 in VIto de usur. 5, 5 auch jetzt noch nach gemeinem Rechte für testirunfähig erklärt.

Hofacker, princ. jur. Rom. §. 1255.
Günther, princ. jur. Rom. §. 717.
Zimmern, Grundriß des Erbrechts im Anhange S. 55.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.
Seuffert, Pandektenrecht §. 522.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Mackeldey, Lehrb. §. 636.
Thibaut, System §. 948.

Andere meinen, diese Angabe sei wenigstens zu allgemein. Das cap. 2 cit. erkläre den letzten Willen derjenigen usurarii manifesti, welche im letzten Willen selbst die Restitution der bezogenen Zinsen verordneten, nicht für ungiltig, wenn diese Restitution, soweit das Vermögen des usurarius reiche, bewerkstelligt, oder deshalb wenigstens Caution geleistet sei. Deshalb verstehe man unter notorischen Zinswucherern — und halte dieselben für unfähig, ein Testament zu machen — diejenigen Personen, welche, und insofern sie die gesetzwidrigen Zinsen nicht wieder zurückerstattet haben.

Puchta, System des gem. Civilr. 1832. S. 264. Not. 4.

Andere meinen, das canonische Recht enthalte eine bloße Antiquität, welche sich auf unsern Zinswucher nicht beziehen lasse. Es seien nämlich die usurarii manifesti des canonischen Rechts durchaus nicht das, was wir unter Zinswucherern verstehen. Das canonische Recht verbiete alles und jedes Zinsennehmen überhaupt, und deshalb spreche das canonische Recht nicht vom Ueberschreiten gewisser Zinsmaße, nicht von unserem Zinswucher, sondern von usurarum crimen, und erkläre dies durch usuras s. foenus exercere, exigere u. dergl. Die deutschen Reichsgesetze aber erlaubten ja das Zinsennehmen, und ein usurarum crimen im Sinne des canonischen Rechts gebe es danach heutzutage nicht mehr; es sei also erlaubt, ein usurarius manifestus zu sein, ja es sei dies sogar ein Jeder, welcher Geld besitze und auf Zinsen gelegt habe, und so müsse auch das wegfallen, was das canonische Recht für sein usurarum crimen festsetze.

Wenn man einwende, daß bei dem deutsch-rechtlichen Zinswucher, d. h. dem Zinsennehmen, so weit es nach deutschem Rechte unerlaubt sei, das einzutreten habe, was das canonische Recht über sein usurarum crimen festsetze, so werde dieser Einwand dadurch weggeräumt, daß ja das deutsche Recht (R.-P.-O. v. 1577. Tit. 17. §. 1—8. Tit. 19. §. 2 u. 3. Tit. 20. §. 6) für seinen Zinswucher ganz besondere ausführliche Strafbestimmungen enthalte, so daß von einer Anwendbarkeit der canonischen Strafbestimmungen keine Rede sein könne. Unter diesen Strafen sei aber Testirunfähigkeit nicht enthalten.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 148.
Claproth, von Testamenten §. 6. S. 53.
Tittmann, Handb. des P.-R. §. 418.
Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 228.
Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 2. S. 42.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 22.
Valett, Lehrbuch des P.-R. Bd. 3. §. 959.
Wächter im civil. Archiv Bd. 17 Nr. 14.
Holtschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 526.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 732.
Sintenis, Civilrecht §. 167. Not. 11.

Vergl. Erbunfähigkeit A. c. 9.

II.

Streitig ist, ob diejenigen, gegen welche eine Todesstrafe erkannt worden, ein Testament errichten dürfen.

Einige meinen, daß ein rechtskräftig zum Tode Verurtheilter ohne alle Beschränkung testirunfähig sei, wegen L. 8. §. 4. L. 13. §. 2 ff. qui testam. facere poss. 28, 1, vergl. mit Nov. 134. c. 13.

Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pand.-R. §. 522.
Mackeldey, Lehrbuch §. 636.

Andere meinen, daß die Verurtheilung in eine Capitalstrafe bei uns dem Verurtheilten an sich die Testirfähigkeit nicht entziehe, glauben aber, daß auch noch jetzt der zum Tode Verurtheilte dann unbedingt testirunfähig sei, wenn außer der Todesstrafe noch auf Vermögensconfiscation ausdrücklich gegen ihn erkannt sei, arg. L. 8. §. 4 D. qui test. fac. poss. 28, 1. Denn der Verurtheilte erleide capitis deminutio maxima, verliere die Freiheit und werde poenae servus, L. 6. §. 6 D. de injusto, irrit. test. 28, 3.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 65 f.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1255.
Günther, princ. jur. civ. §. 717.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 55 im Anh.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 442.

Weil also der zum Tode Verurtheilte sein Vermögen verliere, so könne er auch nicht testiren.

Thibaut, System §. 948.
Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 114 u. 115.

Andere meinen, daß die Verurtheilung zu einer gewissen Strafe niemals die testam. factio activa entziehe, und daß auch eine verhängte Vermögensconfiscation dem Verurtheilten die Möglichkeit, ein Testament zu errichten, nicht benehme. Denn der aus dem römischen Rechte entnommene Grund der capitis deminutio maxima sei heutzutage, da die ratio legis weggefallen, als gemeines Recht unanwendbar; und der Vermögensverlust sei kein rechtlicher Grund der Testirunfähigkeit, sondern vielmehr nur ein factisches Hinderniß; es könnten ihm ja z. B. vor seinem Tode fremde Erbschaften deferirt werden, welche er nach Umständen seinen Erben transmittiren könne. Nun hebe aber auch das deutsche Recht alle stillschweigenden Vermögensconfiscationen auf (P. G.-O. Art. 135 u. 218). Der zum Tode Verurtheilte behalte also sein Vermögen und er könne darüber testiren. Aber auch wenn ihm sein Vermögen confiscirt worden, weil sein Verbrechen ein solches gewesen, auf welchem ausdrücklich Vermögensconfiscation stehe, und diese Confiscation speciell gegen ihn erkannt sei, so hindere ihn dies nicht am Testiren. Denn solche ausdrückliche Vermögensconfiscationen entzögen jedenfalls nur das Vermögen, das der Verbrecher zur Zeit der ausgesprochenen Sentenz gehabt habe; die Erwerbfähigkeit verliere er dadurch noch nicht, weil er auch vor seinem Tode noch Vermögen erwerben könne. (L. 1. §. 5 D. mandat. 17, 1.)

Puchta, System des gem. Civilr. S. 264.
Wächter, über Testirunfähigkeit im civil. Archiv Bd. 17. S. 431.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 11.

Vergl. Erbunfähigkeit A. c. 7.

III.

Streitig ist, ob Hochverräther und deren Söhne ein Testament errichten dürfen.

Einige meinen, unter Berufung auf L. 5 pr. u. §. 2 C. ad leg. Jul. maj. 9, 8, daß Hochverräther und deren Söhne testirunfähig seien,

Cujacius, recit. in Cod IX. 9 in opp. post. T. V p. 1449.
Mackeldey, Lehrbuch §. 636.
Geyert, Grundzüge der Lehre von Vermächtnissen S. 84.

und weil dieselben als „stets infame Personen" intestabiles seien.

Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 126.

Andere meinen, das römische Recht habe die Hochverräther nirgends speciell für testirunfähig erklärt, sie seien es jedoch, wie die andern Capitalverbrecher, nur in Folge der gegen sie erkannten Todesstrafe geworden, welche eine capitis deminutio herbeigeführt habe. (Vergl. hierüber Contr. 2.) Dagegen trete bei ihnen das Besondere ein, daß, während bei Capitalverbrechern regelmäßig deren Tod vor der Verurtheilung die Verurtheilung selbst abgewendet und alle Strafe unzuläßig gemacht habe, in einem solchen Falle mithin die von ihnen hinterlassenen letzten Willen gelten, bei dem Hochverrathe hiervon eine Ausnahme wegen der damnata memoria des Hochverräthers eintrete, indem auch nach dem Tode desselben der Proceß noch eingeleitet, und die Vermögensconfiscation erkannt werden könnte. Dies gelte auch noch jetzt nach gemeinem Recht, weil der Hochverrath ein speciell mit Vermögensconfiscation bedrohtes Verbrechen sei. Werde daher über den Todten Confiscation verhängt, so müsse auch sein letzter Wille zusammenfallen, L. 20 D. 48, 2. L. 11 D. 48, 4.

Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 433.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 733.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3 §. 167. Not. 11.

Söhne der Hochverräther dagegen würden in den Gesetzen zwar für erbunfähig, nicht aber für unfähig zum Testiren erklärt.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 722.

Vergl. Erbunfähigkeit A. c. 1 bis 4.

IV.

Streitig ist, ob das Verbrechen des Incestes die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, nehme.

Einige meinen, diejenigen, welche incestas nuptias contraxerunt, seien testirunfähig. Man beruft sich auf L. 6 C. de incest. nupt. 5, 5.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1255. Nro. d.

Andere sprechen überhaupt von solchen Personen, welche im Inceste leben (also nicht bloß von incestis nuptiis), erklären dieselben aber nicht unbedingt für testirunfähig, sondern sprechen ihnen die Testirfähigkeit nur insoweit ab, als sie andere Personen, außer gewissen Verwandten, einsetzen wollten. Man beruft sich hierfür auf L. 6 C. de incest. nupt., und zum Theil auch auf Nov. 12. c. 1 u. 2.

Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pandektenr. §. 522
Zimmern, Grundr. des Erbr. im Anh. S. 55.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 442.
Schweppe, röm. P.-R. § 787.
Mackeldey, Lehrbuch §. 636.

Andere meinen, es komme für unsere Frage die L. 6 cit. und Nov. 12 cit. nur insofern in Betracht, als das Vermögen der in incestuöser Verbindung lebenden Personen entweder confiscirt werden, oder den legitimen Kindern anfallen solle. Daß denselben also hier-

durch die Testirfähigkeit ganz entzogen werden solle, könne nur alsdann behauptet werden, wenn die Confiscation die Folge einer verhängten Todesstrafe wäre. Dies sei aber nicht der Fall, und so dürfe man die gesetzliche Bestimmung auch nur auf das zur Zeit der Verurtheilung vorhandene Vermögen beziehen. Dies höre auf Vermögen des Verurtheilten zu sein, darüber also dürfe derselbe nicht mehr, weder unter Lebenden noch auf den Todesfall verfügen. Deshalb sei die Bestimmung der Compendien: die in einer incestuösen Geschlechtsverbindung lebenden Personen können weder einander selbst, noch die daraus erzeugten Kinder einsetzen, gerechtfertigt.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 640.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 343.

Andere meinen hiergegen, daß die Nov. 12 beim Incest Verlust des Vermögens verhänge; es sei mithin den Verbrechern die Fähigkeit späteren Erwerbs nicht abgesprochen. Deshalb sei das Verbot zu testiren nur auf dasjenige, was diese Verbrecher am Ende dieser Verbindung besitzen würden, ausgesprochen.

Thibaut, System §. 944.
Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 5.

Andere meinen, die einschlagenden Gesetze ergeben bei näherer Betrachtung Folgendes: Die L. 6 C. de incest. nupt. rede bloß von incestuösen Ehen, nicht von einem incestuösen Geschlechtsumgange überhaupt, und bestimme allerdings für diese, daß der Schuldige nur zu Gunsten gewisser Verwandten solle testiren können. In Nov. 12. c. 1—3 aber hebe Justinian die gedachte Constitution, soweit sie von den Strafen der incestae nuptiae handele, auf, berufe sich auch in der spätern unglossirten Nov. 154 nicht mehr auf L. 6 cit., sondern nur auf die Nov. 12 bei Bestrafung der incestae nuptiae. Die Nov. 12 verordnet, daß der Schuldige mit ἐξορία bestraft werden, und sein ganzes Vermögen zunächst an seine legitimen Descendenten, in deren Ermangelung aber an den Fiscus verlieren soll. Verstehe man, was das römische Recht anlange, unter ἐξορία die Deportation, so scheine nach L. 6 cit. die Strafe der incestae nuptiae die Deportation gewesen zu sein, und der Verbrecher habe dann nach römischem Rechte gar nicht testiren können, selbst nicht zu Gunsten gewisser Verwandten oder legitimer Kinder, weil er eine Capitalstrafe erleide und die Civität verliere. Verstehe man aber unter ἐξορία die Relegation (was wahrscheinlicher sei, da die byzantinischen Juristen noch zur Zeit Justinian's deportare durch περιορισμός wiedergeben), so ergebe sich ein anderes Resultat. Der Relegirte, welchem sein Vermögen confiscirt werde, verliere weder die Fähigkeit zu künftigem Erwerbe, noch die Testirfähigkeit. Der wegen Incests Verurtheilte könne daher, wenn man letztere Auslegung annehme, nur über das zur Zeit der Verurtheilung ihm zustehende Vermögen nicht testiren, wohl aber unbeschränkt über das später Erworbene. Denn die in der L. 6 cit. bestimmten Beschränkungen seien offenbar durch Nov. 12 aufgehoben. Was aber das deutsche Recht anlange, so sei das geschriebene von der Praxis zu unterscheiden. Die P. G.-O. Art. 117 verweise bei der Strafe des Incests lediglich auf das römische Recht. Da aber noch deutschem Rechte die Testirfähigkeit weder durch erkannte Freiheitsstrafen, noch durch verhängte Vermögensconfiscation verloren gehe, so sei es nach deutschem Rechte in Bezug auf diese Fähigkeit ohne Einfluß, gleichviel, ob man unter ἐξορία in Nov. 12 Deportation oder Relegation verstehe. In beiden Fällen habe nach deutschem Rechte der Verurtheilte unbeschränkte Testirfähigkeit hinsichtlich des nach der Verurtheilung erworbenen Vermögens. Eine bestimmte, mehr als hundertjährige Praxis gehe noch weiter, indem seit dem 18. Jahrhundert nicht mehr auf Confiscation erkannt worden sei.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10 S. 733.
Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 434.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 11, in Verbindung mit §. 205. Not. 11.
v. Vangerow, Pand. §. 428. Not. 4.

Vergl. Erbunfähigkeit B. c. 4 u. 5.

V.

Streitig ist, ob diejenigen Personen, welche wegen Pasquills verurtheilt sind, testiren dürfen.

In fast allen Compendien wird, gestützt auf L. 18. §. 1 D. qui test. fac. poss. 28, 1. L. 5. §. 9 u. 10 D. de injur. 47, 10, die Testirunfähigkeit behauptet, und zwar sprechen Einige von solchen, die als Pasquillanten verurtheilt sind, z. B.

Seuffert, Lehrbuch des Pand.-R. §. 522.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Puchta, System des gem. Civilr. S. 264.

Andere bloß von Pasquillanten, z. B.

Zimmern, Grundriß des gem. Erbr. Aufl. S. 55.
Thibaut, System §. 948.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 5.

Andere gar von muthwilligen Pasquillanten, z. B.

Mackeldey, Lehrbuch §. 636.

Andere meinen, nach gemeinem deutschen Rechte gelange man zu folgendem Resultate: Der Art. 110 der P. G.-O. hebe die strafbarste Art des Pasquills, die sog. Schmähschrift besonders hervor, und setze für sie Strafen fest; allein sie erwähne dabei durchaus nicht der Testirfähigkeit, und deshalb sei anzunehmen, daß derjenige, welcher wegen eines libellus famosus, im Sinne der C. C. C., verurtheilt worden, nicht testirunfähig sein solle. Unmöglich könne aber derjenige testirunfähig sein, welcher wegen des minder strafbaren Pasquills im engeren Sinne verurtheilt sei. Man müsse sich deshalb gegen die Annahme der Testirunfähigkeit erklären, umsomehr, als die deutsche Praxis nicht annehme, ein wegen Pasquills mit wenigen Thalern Bestrafter solle unfähig sein, ein Testament zu errichten.

Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 438.
Tittmann, Strafrechtswissenschaft §. 369.
Grolmann, Strafrecht §. 228.
Dabelow, Lehrbuch des peinl. Rechts S. 180.
Heffter, Criminalrecht §. 316.
Marezoll, Criminalrecht §. 127. S. 443.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 11.

Andere meinen, diese Argumentation könne nicht für beweisend gehalten werden. Denn abgesehen davon, daß aus dem Stillschweigen in Art. 110 noch keineswegs die Aufhebung der Intestabilität gefolgert werden dürfe, so würde auch, wenn man dies annehmen

könnte, daraus noch kein Schluß auf die übrigen Arten des Pasquills gemacht werden können, da der Grund jener Aufhebung doch nur in der besondern Größe der neuen für die Schmähschrift eingeführten Strafe (nämlich der Talion) gefunden werden könnte, dieser Grund aber für die übrigen Arten des Pasquills, deren Strafe in der C. C. C. nicht geschärft sei, nicht passen würde.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 734.

Vergl. Erbunfähigkeit A. c. 12.

VI.

Streitig ist, ob Ketzer und Apostaten unfähig zum Testiren seien.

Gewöhnlich wird in Compendien aufgeführt, Apostaten und Ketzer seien unfähig, ein Testament zu errichten, L. 3 C. de apostatis 1, 7. Nov. 115. c. 3. §. 14. L. 5 C. de haeretic. 1, 5.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 442.
Thibaut, System §. 944.
Schweppe, röm. P.-R. §. 788.

Andere sprechen nur von allerlei Ketzern,

Zimmern, Grundriß des Erbr. im Anh. S. 55.

oder von gewissen Ketzern und Apostaten.

Mackeldey, Lehrbuch §. 636.

Andere übergehen diese Klasse von Testirunfähigen gänzlich, z. B.

Puchta, System S. 264.

Andere drücken sich so aus: testirunfähig sind die, welche vom christlichen Glauben abfallen, Juden, Heiden, Mohamedaner werden, desgleichen die Manichäer.

Höpfner, Institut. §. 470.

Andere meinen, schon nach römischem Rechte gehe man zu weit, wenn man allgemein Ketzer und Apostaten für testirunfähig erkläre, da hier nur überall gewisse Ketzer von der testamenti factio ausgeschlossen wären, L. 4. §. 5 C. de haeret. 1, 5. L. 3 C. de apost. 1, 7. Nov. 115. c. 3. §. 14, und für unser heutiges Recht sei davon durchaus kein Gebrauch mehr zu machen, da durch anerkannte staatsrechtliche Principien und bestimmtes Gewohnheitsrecht Ketzerei und Apostasie aus der Reihe der Verbrechen ganz verschwunden und damit auch jede Strafe derselben als aufgehoben betrachtet werden müsse.

Wächter im civil. Archiv Bd. 17. S. 438.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 5.
Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 11.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 734.

Vergl. Erbunfähigkeit A. c. 8.

VII.

Streitig ist, ob den Selbstmördern, welche sich aus Bewußtsein ihrer Schuld entleibt haben, die testamenti factio activa zustehe.

Einige verneinen dies, unter Berufung auf L. 2 C. qui test. fac. poss. 6, 22 u. L. 6. §. 7 D. de injusto 28, 3.

Valett, Pandektenrecht §. 959.

Andere meinen, die gesetzlichen Bestimmungen l. c. reducirten sich darauf, daß der letzte Wille eines solchen ungiltig werde, und würden dabei nur schuldige Selbstmörder vorausgesetzt.

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 123.

VIII.

Nach älterem Rechte konnte weder der Taube noch der Stumme ein Testament machen, der Erstere nicht, weil er die Worte des familiae emtor nicht hören, der Letztere nicht, weil er die Nuncupationsworte nicht aussprechen konnte (Ulpian. XX, 13). Nur ein Privilegium des princeps konnte hier aushelfen. Justinian verordnete aber, daß der Taube und Stumme und der Taubstumme, sofern er dies nicht von Natur sei, ein schriftliches oder mündliches Testament machen könne, der Letztere jedoch nur ein eigenhändig geschriebenes; daß aber der taubstumm Geborene keine testamenti factio haben solle, L. 10 C. qui test. fac. poss. 6, 22. §. 3 Inst. quibus non permitt. fac. test. 2, 12.

Streitig ist nun, ob den taubstumm Geborenen nicht heutzutage die Fähigkeit zustehe, ein Testament zu errichten.

Einige verneinen dies ohne Privileg des Regenten. Denn wenn auch die gesetzlichen Bestimmungen sehr schlecht zu dem jetzigen Zustande des Taubstummenunterrichts paßten, so könne uns dies doch nicht berechtigen, über die gesetzlichen Bestimmungen hinauszugehen.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428. Not. 1.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1253. not. d.
Malblanc, princ. jur. Rom. §. 688. not. z.
Hufeland, Lehrbuch des Civilr. §. 1084. Not. 2
Gensler im civil. Archiv Bd. 3. S. 346.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Thibaut, System §. 948.
Sintenis, Civilrecht §. 167. Not. 6.

Andere meinen, zufolge der großen Vollkommenheit, welche der Taubstummenunterricht in unserer Zeit gewonnen habe, und weil die Notariatsordnung vom J. 1512. §. 4 sage: „es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden oder schreiben können", so müsse das von einem Taubstummen schriftlich errichtete Testament so gut wie jedes andere auch ohne landesherrliche Dispensation gelten.

Glück, Pand. Bd. 33. S. 371.
Rivinus, de test. surdi et muti natura talis valido.
Mackeldey, Lehrbuch §. 635.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2 S. 144.
Stryk, de cautela test. cap. 4 §. 28.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 722.

Andere meinen, wenn auch durch die Notariatsordnung diejenigen Gesetze nicht aufgehoben seien, welche in anderer Beziehung eine absolute Gleichsetzung der Taubstummen mit anderen Individuen nicht gestatten, so rührten doch die römischen Gesetze aus einer Zeit her, wo man von dem Taubstummenunterricht noch nichts wußte. Deshalb sei nur ein die hinlängliche Begriffs- und Verstandesfähigkeit constatirendes Entlassungszeugniß des Taubstummeninstituts erforderlich und wenn ein solches beigebracht sei, so könnten Taubstumme ein Testament errichten.

Hoffbauer, die Psychologie in ihrer Anwendung auf die Rechtspflege §. 172—185.
Masius, Handbuch der gerichtlichen Arzneiwissenschaft Bd. 1. Abth. 2. §. 437.
Schnitzer, die Zurechnungsfähigkeit bei zweifelhaften Gemüthszuständen S. 340.

Friedrich, Handbuch der gerichtlichen Psychologie S. 668.
Maes, die Geisteskrankheiten in Bezug auf Rechtspflege Bd. 2. S. 532.
Mannsfeld, Andeutungen zu einer nähern Bestimmung des bürgerlichen Standes der Taubstummen S. 17.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 528.

Es genüge alsa eine mit Zustimmung der der Zeichensprache und Ausdrucksweise der Taubstummen Kundigen vorausgegangene gerichtliche Untersuchung.

Puchta, Lehrb. §. 4 7. Nr. 7.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2. S. 144.
Stryk, de cautels test. cap. 4. §. 28.
Höpfner, Instit. §. 468.

Vergl. Privattestamente A. c. 2.

IX.

Streitig ist, ab der taubstumm Gewardene, welcher nicht taubstumm geboren war, sandern durch Krankheit oder Zufall das Gehör und die Sprache verlaren hat, und zugleich des Schreibens unkundig ist, ohne besondere Erlaubniß des Landesherrn giltig testiren känne.

Einige verneinen dies, auch wenn diese Person sonst im Stande sein fallte, durch Zeichen auf verständliche Weise andeuten zu können, was sie niedergeschrieben haben wolle. Denn das Gesetz mache für diesen Fall das eigenhändige Niederschreiben des letzten Willens zur ausdrücklichen Bedingung der Testamentsfähigkeit. Der Fall würde also bloß zu einem Gesuche um die landesherrliche Erlaubniß, ein Testament machen zu dürfen, geeignet sein, L. 10 C. qui test. fac. poss.

Glück, Pand. Bd. 33. S. 374.
Gensler im civil. Archiv Bd. 3. S. 367.

Andere meinen, solchen Persanen müsse die Befugniß in der Art zu testiren, daß sie eine von einem Andern aufgesetzte Schrift als ihrem Willen entsprechend durch Zeichen zu erkennen geben dürfen, eingeräumt werden, ohne daß es einer landesheerlichen Erlaubniß bedürfe. Denn wenn auch der Rath, in salchem Falle landesherrliche Erlaubniß einzuhalen, nicht zu verwerfen sei, so sel solches dach deshalb nicht erforderlich, weil Justinian an diesen Fall in der L. 10 cit. gar nicht gedacht habe, solche Persanen alsa auch nicht habe ausschließen wallen. Jedenfalls möchte dabei nur an Privattestamente gedacht sein, während, sabald nur die Absicht, zu testiren, constatirt sei, die heutzutage gebräuchliche Errichtung eines gerichtlichen Testaments zu Pratocoll oder durch gerichtliche Depasition weit geringeren Bedenken unterliege.

Sintenis, Civilr. §. 167. Not. 6.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 719 (vergl. jedoch S. 722).

Andere meinen, daß eine Person, welche auch nur die Sprache durch Krankheit verloeen habe, während sie außerdem unfähig sei, zu schreiben, nur duech landesherrliche Erlaubniß ermächtigt würde, ein Testament zu errichten. Dies müsse ex paritate rationis von Taubstummen entnommen werden:

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 5. S. 161.

unter Bezugnahme auf L. 29 C. de test.

Brunnemann in Comm. ad hanc leg.
Claproth, von Testam. §. 5. S. 45 f.

X.

Streitig ist, ob Reisende bei ihrem auf Reisen errichteten Testamente, gleichwie andere Personen, an die gesetzlichen Förmlichkeiten gebunden sind.

Einige meinen, weil solche Personen, welche keine Soldaten seien, doch in Kriegsgefahren und an solchen Orten, wo es feindlich hergehe, wie Soldaten testieen dürften, und weil das eigentliche Privilegium der Soldaten auch auf andere Persanen ausgedehnt sei, sa känne man auch Reisenden ein solches Privilegium gestatten, da sie, wie jene wegen Kriegsgefahr, wegen Mangels der Zeugen in gleicher Lage sich befänden, L. ult. D. de test. milit. L. un. pr. D. de bon. poss. ex test. milit.

Faber ad Cod. lib. 6. tit. 5. def. 2. Nro. 14.
Brunnemann ad L. ult. C. de test. Nro. 8.
Mevius ad jus Lub. Part. 2. tit. 1. art. 2. Nro. 59.

Andere meinen, der gegentheilige Grund, Mangel der Zeugen, känne nicht das Recht geben, weniger Zeugen als die gesetzliche Zahl hinzuzuziehen, L. 12 C. de test.

Harprecht, de test. pagano in hostico cond. §. 204. Nro. 3.
Cocceji, cons. et resp. T. I. resp. 46. Nro. 8.
Stryk, cautela test. cap. 14.
Walch, introd. in controv. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 1. § 6.
Gebr. Overbeck, Medit. Th. 4. Nr. 264.

XI.

Streitig ist, ab die im höchsten Grade Zarnigen unfähig seien, ein Testament zu errichten.

Einige meinen, ein solches Testament sei ungiltig. Die allgemeine Regel in L. 48 D. de reg. jur. 50, 17 bestätige dies: quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Wenn alsa die Leidenschaft einen solchen Grad erreiche, daß Bewußtsein und Freiheit zu handeln aufhöre, so sei eine salche Geistesverwirrung anzunehmen, welche keine Freiheit und Gewißheit des Willens vermuthen lasse, L. 2 D. qui test. fac. poss. 28, 1.

Voet, Comm. ad P. 28. 1. § 35.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 17.
Hofacker, princ. jur. civ § 1252 in f.
Malblanc, princ. jur. civ. § 688.

Andere meinen, ein salcher Grad der Leidenschaft, welcher Bewußtsein und Freiheit zu handeln aufhebe, könne bei einer Testamentserrichtung im Zorne nicht angenommen werden, da dieser Act Entschluß und Ausführung voraussetze, welche sich ohne Varbereitung des zur Beobachtung der gesetzlichen Form Erforderlichen nicht denken lasse, es möge das Testament gerichtlich oder außergerichtlich errichtet werden, — alles Umstände, welche unwiderleglich Bewußtsein, Willkür und Thätigkeit bewiesen. Der Zarn gehe auch bei dem heftigsten Anfalle schnell vorüber (ita furor brevis est), und es sei nicht denkbar, daß sich nicht über die Vor-

bereitung zur Testamentserrichtung der Zorn gelegt haben sollte. Die nun doch erfolgte Testamentserrichtung beweise, daß es wahre Willensmeinung gewesen sei, und der während des Zorns gefaßte Entschluß sei unschädlich.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 720.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. cap. 4. membr. 1. §. 4.
Westphal, Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen Handlungen Cap. 1. §. 6 f. §. 43.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 99.
Müller ad Leyser. obs. 620.

XII.

Streitig ist, ob gerichtlich erklärte Verschwender testiren dürfen.

Einige bejahen dies allgemein; denn wenn Ulpian zur Erklärung der L. 18 pr. qui test. fac. poss. 28. 1 in seinen fragm. tit. 20. §. 13 als Grund ausführe: prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest, so sei solcher Grund für die Justinianische und noch mehr für unsere Zeit nicht zutreffend, weil die zur Zeit Ulpian's übliche Testamentsform per aes et libram schon längst außer Gebrauch gekommen sei. Es falle also der Grund des Gesetzes, und mit demselben auch die Vorschrift des römischen Rechts weg.

Ch. Hanaceius in disp. qua jus testandi prodigo contra communem sententiam assertum tuetur (1724) §. 55.
Mannert in diss. contin. aliquot observationes ad doctrinam de testam. prodigi spectant. (1811) §. 5 sq.

Andere bejahen die Frage bedingungsweise, und stützen sich auf die Nov. 39. Nach dieser Nov. Kaiser Leo's des Philosophen solle das Testament eines gerichtlich erklärten Verschwenders in dem Falle aufrecht erhalten werden, wenn es vernünftig abgefaßt sei, und keine Spuren verschwenderischer Gesinnung enthalte. Und diese Nov. sei noch heutzutage anwendbar,

Olearius in progr. de valore Nov. Leonis (1708) §. 8.
Beck, de Nov. Leonis earumque usu (1779) §. 28. p. 132.
Willenberg, de test. prod. §. 7 in selectis jurispr. civ. T. 2. exerc. 21. pag. 491.

und Andere bejahen die Frage, weil die Nov. Leonis gar kein neues Recht enthalte, sondern das ausspreche, was nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation schon im Geiste des Justinianischen Rechts liege. Wollte man, sagen sie, den gerichtlich erklärten Verschwendern die Fähigkeit absprechen, ein Testament zu machen, so würden sie ja noch härter behandelt werden, als die wirklich Rasenden, denen sie doch in den Gesetzen sonst gleichgestellt würden. Auch den Rasenden sei es verboten, ein Testament zu machen, und zwar aus dem Grunde, weil der Rasende keinen Willen habe. Falle nun der Grund weg, so falle auch das Begrundete hinweg; und deshalb erlaube der Gesetzgeber dem Rasenden, in lichten Zwischenräumen zu testiren. Auch den Verschwender sähen die Gesetze als einen Seelenkranken an, der, solange er dies sei, keinen vernünftigen Willen habe. Aber auch ein Verschwender könne lichte Zwischenräume haben, und es sei deshalb die Einschränkung des Verbots auch auf den Verschwender auszudehnen. Die Gesetze enthielten zwar diese Einschränkung jenes Verbots bei dem Verschwender so ausdrücklich nicht, wie bei dem Rasenden, aber doch indirect. Dieses ergebe sich aus der Verbindung, in welcher die Gesetze von der Testamentifaction beider sprächen. Vergl. §. 1 u. 2 und 3 Inst. quibus non est permiss. fac. test. L. 1 D. de curat. furiosi. In letzterem Gesetze sei ausdrücklich gesagt, wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehre, so höre die Curatel ipso jure auf. Dieses ipso jure stehe hier, nach einer richtigen Folgerung, mit dem Grundsatze in genauester Verbindung, daß ein Rasender in lichten Zwischenräumen testiren könne, und da dieses in dem Gesetze der Pandekten auch auf den Verschwender ausgedehnt werde, so habe das Gesetz indirect dem Verschwender in lichten Zwischenräumen zu testiren erlaubt. Die concludenteste Handlung eines lichten Zwischenraums sei aber der materiell vernünftige Inhalt eines Testaments, und dieser sei vernünftig, wenn er ein rechtmäßiger sei. Man habe auch nicht einmal nöthig, sich auf die Leonische Nov. zu stützen, und könne die Frage, ob die Nov. des Kaisers Leo in Deutschland recipirt seien oder nicht, füglich auf sich beruhen lassen. Denn die Meinung empfehle sich schon durch ihre Billigkeit. Auch sei diese Meinung in der Praxis angenommen, wie die Zeugnisse des Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 6. def. 11; Joh. v. Sarde, dec. lib. 4. tit. 1. def. 3 u. Joh. Philippi, usus pract. Inst. Just. lib. 2. tit. 12. eccl. 52 bekundeten. Auch lasse sich eventuell beweisen, daß die Nov. Leonis in Deutschland mit dem Corp. jur. civ. angenommen seien, weil in der Reichshofrathsordnung Ferdinand III. vom J. 1654 das ganze Corp. jur. mit allen seinen Anhängen für giltig erklärt sei.

Fr. Hoppe, Lehre von juridischen Verschwendern §. 12 u. 14.
Mannert, diss. de test. prod. §. 10 u. 11.

Andere meinen, Verschwender seien unfähig zu testiren, §. 2 Inst. 2. 12. L. 18 pr. qui test. fac. poss. 28. 1. Die Testamentsunfähigkeit des Verschwenders beruhe ursprünglich darauf, daß ihm das jus commercii durch die Interdiction entzogen worden, und er deshalb bei dem testam. per aes et libram die familiae mancipatio nicht habe vornehmen können. Dieser Satz habe sich erhalten, auch nachdem diese Testamentsform außer Gebrauch gekommen sei. Die Vorschrift des Kaisers Leo sei, da eine Reception nicht nachzuweisen sei, nicht anwendbar. Die Aeußerung von Paulus (Paul. sent. lib. 3. tit. 4. §. 12), daß ein gerichtlich erklärter Verschwender, wenn er sich gebessert habe, testiren dürfe, ist einer vorjustinianischen Quelle entnommen, und es ist sehr zu bezweifeln, ob zur Zeit des Paulus wirklich die bloße Besserung des Verschwenders genügt habe, um ihm die Testamentsfähigkeit wieder zu verschaffen, und ob nicht vielmehr die Zurücknahme der Interdiction von Seiten des Magistrats habe vorausgehen müssen, was umsomehr anzunehmen sei, als ohne diese Zurück-

nahme es factisch immer ungewiß sei, ob der Verschwender sich hinreichend gebessert habe. Dafür spreche auch der Grundsatz in L. 35 D. de reg. jur. 50, 17: „nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est“; die Unfähigkeit des Verschwenders zur Verfügung über sein Vermögen sei durch obrigkeitliches Decret entstanden, und könne auch nur durch ein solches wieder aufhören.

Auch das germanische Recht habe hiermit übereingestimmt, und diese Ansicht sei jetzt überall angenommen.

Glück, Pand. Bd. 33. §. 1404 c.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 534.
Walch, Comment. de test. jur. German. invalido (1754).
Eisenhart, de jure testandi prodigo non comp.
v. Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. Nr. 5.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 8. S. 170.
Thibaut, System §. 948.
Puchta, Lehrbuch §. 457.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Mackeldey, Lehrbuch §. 635.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 772.
Schweppe, röm. Pr.-R. §. 787.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 640.
Höpfner, Institut. §. 467.

Präjudiz 1.

Der gerichtlich erklärte Verschwender erlangt die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, erst in dem Momente wieder, wo die über ihn angeordnete Curatel durch den Richter aufgehoben worden ist*).

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 5. März 1835, in Sachen J. Winkler c. N. Winkler's Wittwe.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 309.

*) v. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. S. 78

Vergl. Erwerb des Erbrechts e. 4.

XIII.

Von der activen Testamentifaction sind diejenigen ausgeschlossen, welche sich noch in väterlicher Gewalt befinden, sofern sie kein solches Vermögen besitzen, welches den Charakter des castrensischen und quasicastrensischen Peculium an sich trägt, pr. Inst. quibus non est permiss. fac. test. 2, 12. L. 11 C. qui testam. fac. poss. 6, 22.

Streitig ist nun, ob die Hauskinder nicht auch über das peculium adventitium irregulare testiren können.

Einige bejahen dies ohne Einschränkung. Denn die Nov. 117. c. 1 erlaube solchen Personen, die noch in väterlicher Gewalt ständen, über das Vermögen, welches ihnen auf eine solche Art hinterlassen oder geschenkt sei, daß der Vater daran weder den Nießbrauch noch sonst ein Recht haben solle, sofern sie das gehörige Alter haben, auf welche Art sie wollen, zu verfügen, und dies beschränke sich nicht auf Handlungen unter Lebenden, weil die allgemeine Fassung des Textes dagegen streite, und weil über die Zulässigkeit der Verfügung unter Lebenden nie ein Zweifel entstanden sei, indem dieses aus der Natur eines vollkommenen und uneingeschränkten Eigenthums von selbst folge, auch von Justinian in L. 7 u. 8 Cod. de bonis quae liberis bestimmt sei. Daß aber Justinian über eine unzweifelhafte Sache eine Verordnung sollte erlassen, aber ohne Grund zweimal dasselbe sollte verordnet haben, sei gar nicht zu glauben. Hierzu komme, daß Justinian wirklich die Absicht gehabt habe, etwas Neues zu verordnen, und in der Nov. 117 eine Frage zu entscheiden, welche in den früheren Gesetzen nicht entschieden sei. Dies erhelle aus der Präfation, und Justinian habe dieses auch durch das Wort: „sancimus“ angedeutet. Diese Frage könne also jetzt nicht mehr die Disposition unter Lebenden betreffen, sondern die testamentarische. Das Neue, welches Justinian in Nov. 117. c. 1 verordnet habe, bestehe also hauptsächlich darin, daß er die Verordnungen im Codex, wodurch den Kindern noch keine unumschränkte Gewalt, über ihre bona adventitia extraordinaria zu verfügen, eingeräumt sei, durch die Nov. 117 abgeändert, und ihnen darüber das volle Dispositionsrecht eingeräumt habe. Zu erwägen seien darin die Worte: καθ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν. In diesen Worten sei den in väterlicher Gewalt befindlichen Personen das Recht, auf den Todesfall zu verfügen, ertheilt. Zwar wollten die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung einwenden, das Wort διοικεῖν habe die ausgedehnte Bedeutung nicht, daß es auch die Testamentifaction unter sich begreife, sondern es bedeute in seiner eigentlichen Verfügung nur die Disposition unter Lebenden. Allein, wenn sich gleich bei den alten griechischen Schriftstellern jene weite Bedeutung des Worts vielleicht nicht finde, so sei doch bekannt, daß zu Justinian's Zeiten die griechische Sprache von ihrer Reinheit herabgesunken sei. Justinian hätte wenigstens zu seinen Zeiten keinen bessern Ausdruck finden können, um die den filiis familias ertheilte Erlaubniß, über ihre bona advent. extraord. letztwillig zu verfügen, anzudeuten, als das Wort διοικεῖν. Daß aber das Wort in dieser weiten Bedeutung hier zu nehmen sei, erfordere schon der Begriff eines vollen uneingeschränkten Eigenthums; denn dieses begreife auch ein vollkommenes Dispositionsrecht in sich, also auch das Recht zu testiren. Nun setze man zwar, um die eingeschränktere Bedeutung von διοικεῖν zu begründen, in welcher dieses Wort bloß ein Verwalten unter Lebenden bezeichne, noch die Worte entgegen: εἰ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας. Hier sei davon die Rede, wenn der Sohn die Großjährigkeit erreicht habe. Zur Testamentifaction genüge aber ein Alter von vierzehn Jahren. Es könne also von einem διατίθεσθαι, testari, gar nicht die Rede sein. Allein auch dieser Grund sei unbedeutend. Denn da der Kaiser hier von der Verwaltung der bonorum advent. irreg. überhaupt handele, so habe er doch bestimmen müssen, was für ein Recht in Ansehung derselben stattfinden solle, je nachdem die unter der väterlichen Gewalt stehenden Personen entweder großjährig oder noch minderjährig seien.

Jo. Vaudus, variar. quaest. jur. civ. lib. 1. quaest. 1.
Jo. Hunnius, variar. resolut. jur. civ. lib. 2. tract. 5. quaest. 10.
Christ. Rau, historia jur. civ. de peculiis (1770) §. 10. p. 42—44.

Andere meinen, das Hauskind sei nicht befugt, über das advent. irreg. zu testiren. Wenn sich die Gegner auf Nov. 117. cap. 1 berufen, wo es heiße: licentiam

habeant, quo voluot modo diaponere, so stehe im griechischen Texte διοικεῖν, was nicht mit disponere, sondern mit administrare zu übertragen gewesen wäre. Wie wenig auch Justinian bei jenem Worte an letztwillige Bestimmungen gedacht, gehe theils aus der Hervorhebung der Großjährigkeit hervor, während doch zur Testamentserrichtung nur Mündigkeit gehöre, theils und besonders daraus, daß es unmittelbar nach den angezogenen Worten heiße: sei der Sohn noch minderjährig, so sollten dergleichen Sachen von dem, den der Erblasser oder Schenker dazu bestimmt hätten, διοικεῖσθαι, was hier auch die Vulg. richtig mit gubernari übersetze. Der Kaiser wolle also in jenem Falle nur sagen, dem großjährigen Kinde sollte in einem solchen Falle freie Verwaltungsbefugniß zustehen, er denke aber nicht daran, demselben auch Dispositionsbefugniß einzuräumen.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 124 f. und die S. 137 Angef.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 8. S. 431.
Hunger, Erbrecht S. 42.
Schweppe, röm. P. R. §. 787.
Kleinschrot, de jure filii fam. dispon. de peculiis §. 20.
Höpfner, Instit. §. 466.
Cocceji, jus civ. controv. lib. 28 tit. 1. qu. 5.
Puchta, Lehrb. § 437. Nr. 8.

Andere meinen, daß ein Haussohn nach canonischem Rechte, cap. 4 de sepulturia in Vlto 3, 12, über seine Adventizien wenigstens zum Vortheil einer frommen Stiftung mit Einwilligung seines Vaters testiren dürfe. Dies sei schon den Grundsätzen des römischen Rechts, L. 1 C. de sacrosanct. eccles. 1, 2, gemäß.

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 38. §. 15.
J. H. Böhmer, jus eccles. Pr. T. II. lib. 3. tit. 26. §. 26.
Böhmer, princ. jur. can. §. 615.
Schmalz, Handbuch des can. Rechts §. 352.
Frey, krit. Commentar über das Kirchenrecht, fortgesetzt von Scheill Bd. 4. Abth. 1. §. 32. S. 150.
Wening-Ingenheim, röm. P.-R. §. 483.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 727.

Andere meinen, das Wort unusquisque in L. 1 C. de sacrosanct. eccles. sei nur von einer solchen Person zu verstehen, die Testamentifaction habe, von einem filius fam. sei darin nicht die Rede. Soviel das canonische Recht betreffe, so sei überhaupt nicht zu vermuthen, daß der Papst die Absicht gehabt habe, etwas dem Civilrechte Zuwiderlaufendes zu verordnen. Es müsse vielmehr diese Verordnung im Zweifel so verstanden werden, wie sie dem Civilrecht entspreche, und deshalb sei das canonische Recht von dem Falle zu verstehen, daß ein filius fam. zwar nicht testiren, wohl aber mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall machen dürfe.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 142
Puchta, Lehrbuch §. 457.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 535.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 167. Not. 10.

Andere gestatten eine Ausnahme bei denjenigen Haussöhnen, welche geistlichen Standes sind; diese können über ihr eigenthümliches Vermögen, sei es durch das geistliche Amt oder durch einen andern Rechtsgrund erworben, nicht bloß unter Lebenden verfügen, sondern auch testiren. Lasse auch L. 34 C. 1, 3 darüber Zweifel übrig, so sei doch Nov. 123. c. 19 entscheidend,

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 726.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 138.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1 S. 535.

und indirect gehe aus anderen Grundsätzen die Folge hervor, daß der Testamentserbe eines Haussohns, welcher nur über sein peculium castrense testire, wenn er in der Folge als homo sui juris sterbe, nun doch auch dessen nicht castrensisches Vermögen erhalte, über welches er nicht testirt habe, und nicht habe disponiren können, L. 41. §. 13, in Verbindung mit L. 12 u. L. 13. §. 1 D. 29, 1.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 535.
Löhr im civil. Archiv Bd. 7. Nr. 15. §. 1. S. 266.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 442.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787. Not. 9.

Vergl. Privattestamente A. c. 6; desgl. testamentum ad pias causas c. 5.

XIV.

Streitig ist, aus welchen Peculien und unter welchen besonderen Voraussetzungen der filius familias Schenkungen auf den Todesfall machen könne.

Einige meinen allgemein, über das peculium castrense und quasicastrense könnten Hauskinder testiren, von anderem Vermögen aber mit Bewilligung des Vaters eine mortis causa donatio vornehmen. Es sei nämlich zwar in L. 25. §. 1 D. de mort. caus. donat. 39, 6 an ein sog. pecul. profectitium gedacht, indem der Vater nur gestattete, von dem Seinigen zu schenken. vergl. L. 7. §. 4. L. 9. §. 2 D. de donat. 39, 5. L. 11 D. de mort. causa donat. 39, 6, allein nach allgemeinen Auslegungsregeln hindere nichts, den allgemeinen Ausdruck auch allgemein zu verstehen.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 641. Not. 11.
Puchta, Lehrbuch §. 457 Anm. Nr. 5.
Schweppe, Lehrbuch § 947.

Andere meinen, die allegirten Gesetze redeten nur von dem pecul. prof., wobei sich auch die Zulässigkeit einer solchen Handlung ganz von selbst verstehe, indem ja hier der Vater wahrer Eigenthümer sei, und der ganze Act im Grunde nur als eine durch den Tod des Sohnes bedingte Schenkung von Seiten des Vaters erscheine. Dies passe aber nicht auf das sog. peculium adventitium, bei dem vielmehr die allgemeine Regel, daß das Hauskind keinerlei Verfügung auf den Todesfall zu treffen berechtigt sei, in voller Schärfe eintreten müsse.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 428.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 534.
Fritz im civil. Archiv Bd. 6. S. 203 f.
Glück, Pand. Bd. 34. S. 143 f.

Vergl. auch
Zimmern, Geschichte Bd. 1. §. 189 a. E. und Not. 26.
Müller, civil. Versuch über die Natur der Schenkung auf den Todesfall §. 30.

XV.

Streitig ist, ob die active Testamenti-

faction aufgehoben werde, wenn der Testator über die Testamentsfähigkeit im Zweifel sei.

Einige meinen, daß nur ein Zweifel über die drei status civiles, nicht aber die sonstigen, die Testamentsfähigkeit beschränkenden Gründe die sog. Testamentifaction aufhebe, L. 15 D. qui test. facere 28, 1, vergl. Ulpiani fragment. tit. 20. §. 11. L. 14 D. qui testam. fac. 28, 1, und nur zu Gunsten der Soldaten sei ein jus singulare eingeführt, L. 9 D. de jure codic. 29, 7. L. 11. §. 1 D. de test. milit. 29, 1.

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 397 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 39.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. §. 789. S. 35. Not. 2 u. 3.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 525.

Andere meinen, die Regel sei so aufzustellen: derjenige kann kein giltiges Testament machen, welcher zwar die testamenti factio hat, aber über das Vorhandensein derselben in Ungewißheit ist, Ulp. frag. tit. 20. §. 11. L. 14. L. 15 qui test. fac. 28, 1, und diese Regel leidet auf den Soldaten, welcher zweifelt, ob er Hausvater oder Haussohn sei, keine Anwendung.

Puchta, Pand. §. 462. Not. e.
v. Vangerow, Pand. § 428 a. E.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 39.

XVI.

Streitig ist, ob der Soldat bei Zweifeln über seine Testamentifaction überhaupt testiren dürfe.

Einige meinen, daß der Soldat auch trotz des Zweifels über den sog. status libertatis und civitatis testiren könne.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 39 f.
Göschen, Vorlesungen Bd. 3. §. 897. S. 285. Not. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 525.

Andere meinen, daß der Soldat trotz jeden Zweifels über irgend einen die Testamentsfähigkeit beschränkenden Grund testiren könne.

Schweppe, röm. P.-R. §. 784 a. E. §. 787. S. 44. Not. 12.
Puchta, Pand. §. 462.

Andere meinen, nur die Regel bestehe, daß die Fähigkeit zum Testiren durch die Ueberzeugung von dem Dasein dieser Fähigkeit bedingt werde, und daß diese Regel auch bei Soldaten anwendbar sei. Dagegen sei bei Soldaten der Zweifel über den sog. status familiae kein Zweifel über die Fähigkeit zum Testiren, der Zweifel über den sog. status libertatis und civitatis dagegen würde gerade ein solcher sein.

Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 40 f.

XVII.

Unmündige männlichen Geschlechts können nicht vor dem vierzehnten, weiblichen Geschlechts nicht vor vollendetem zwölften Jahre testiren.

Streitig ist aber, ob ein Testament solcher Unmündigen zu Gunsten einer pia causa giltig sei.

Einige bejahen dies, gestützt auf L. 1 C. de sacrosanct. eccles., wo Kaiser Constantin verordnet: habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere, et si non sint cassa judicia ejus.

Brunnemann, Comm. in Cod. ad L. 4 qui testam. fac. poss.

Andere meinen, das Wort unusquisque könne nur von einem solchen verstanden werden, der die Testamentsfähigkeit habe. Denn dem Kaiser sei gar nicht darum zu thun gewesen, die Zahl der Testirer gegen die Regeln des Civilrechts zu vermehren, sondern seine Absicht sei gewesen, die passive Testamentifaction zu Gunsten der Kirchen und frommen Stiftungen zu erweitern. Bis auf die Zeiten des Kaisers Constantin des Großen hätten nämlich die Kirchen aus einer letzten Willensordnung ebensowenig etwas erwerben können als andere Collegien, welche man mit dem Namen personae incertae bezeichnete, wenn sie nicht privilegirt waren.

Wenn endlich Brunnemann der Ansicht sei, daß ein hinzugekommener Eid den Mangel der Testamentifaction ersetzen könne, so sei solches unrichtig, theils weil durch den Eid dem juri publico nicht derogirt werden könne, theils weil Unmündige nicht schwören könnten.

Stryk, de cautela testam. cap. 3. §. 9.
Ch. Rau, histor. jur. civ. Rom. de pers. incert. §. 8.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 400. Not. 90.

XVIII.

Streitig ist, von welchem Momente an die Mündigkeit, behuf Fähigkeit ein Testament zu errichten, berechnet werden muß.

Einige meinen, die L. 5 D. qui test. facere poss. 28, 1 sei unter Berücksichtigung der L. 15 D. de div. temp. praescr. 44. 3 so zu verstehen, daß ein Mündiger, um testamentsfähig zu sein, nicht gerade das gesetzlich bestimmte Alter überschritten, also eine Mannsperson das 15., und eine Frauensperson das 13. Lebensjahr bereits angetreten haben müsse, sondern es genüge, wenn sie nur dieses Alter erfüllt hätten. Dieses sei aber der Fall, sobald sie den letzten Tag dieses Lebensjahres angefangen hätten. Der letzte Tag sei aber nicht gerade der Geburtstag, sondern der dem Geburtstage vorhergehende Kalendertag, sobald dieser post sextam horam noctis, d. h. zu Mitternacht, sobald die Glocke zwölf geschlagen habe, beginne. Auf die Geburtsstunde werde keine Rücksicht genommen, weil der Tag, sobald er begonnen, auch schon als vollendet angesehen werde. Sobald also Jemand am 1. Januar geboren sei, so sei das 14. Lebensjahr schon erfüllt, sobald es in der Nacht vom 30. auf den 31. December zwölf Uhr schlage. Wollte man die Zeit post sextam horam noctis in der L. 5 cit. von dem Anfange des 1. Januars verstehen, so würde man dem pridie Calendarum eine ganz unrichtige, dem römischen Sprachgebrauche zuwiderlaufende Bedeutung unterschieben. Denn pridie heiße immer der vorhergehende Kalendertag, pridie Calendarum Januarii könne also kein anderer sein, als der 31. December. Die Zeit post sextam horam noctis sei demnach schon der Anfang des 31. Decembers, also die zurückgelegte sechste Mitter-

nachtsstunde, welche den 30. von dem 31. December scheide.

Hufeland, Lehrbuch des Civilrechts §. 1083.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 409.
Fetzer, Versuche zur Bildung des römischen Rechts Nr. 22.
Hugo, civil. Magazin Bd. 3. S. 1.
Schweppe, röm. P.-R. §. 787.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 327.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 113.

Andere erklären die L. 5 cit. auf andere Weise. Dem Ulpian werde die Frage untergelegt: Ob der, welcher ein Testament machen will, das 14. Lebensjahr wirklich, d. h. nach der natürlichen Zeitberechnung, zurückgelegt, und bereits das 15. angetreten haben müsse, oder ob es hinreichend sei, wenn er nur den letzten Tag im 14. Jahre angetreten hat? Ulpian, sagt man, habe nun diese Frage zuerst in Hinsicht auf den Geburtstag, der als natürlicher Tag mit dem Aufgang der Sonne nach der sechsten Stunde beginne, und mit dem Niedergange der Sonne, d. h. mit der sechsten Abendstunde sich endige, zur Erörterung gebracht. Ulpian entscheide ohne Unterschied für die Giltigkeit des Testaments, auch wenn es noch mehre Stunden vor der Geburt errichtet worden wäre. Aber dabei bleibe er noch nicht stehen, er gehe noch weiter rückwärts: Plus arbitror etc. Die erste Periode für die Erörterung sei der Geburtstag, dies natalis, also der natürliche Tag. Aber der natürliche Tag fange schon nach der sechsten Mitternachtsstunde an, und endige sich erst mit der darauf folgenden Mitternachtsstunde. Indem nun der bürgerliche Tag durch das ununterbrochene Herkommen für die Bestimmung der mancherlei Rechtsverhältnisse bei vorfallenden Handlungen des Lebens angenommen sei, so unterlege er statt des Geburtstages den bürgerlichen Tag in seiner Beantwortung, und erkläre schon das Testament für giltig, das nicht erst am Geburtstage, nach der sechsten Stunde des Morgens, auch vor der Geburtsstunde, sondern das früher noch, nach der sechsten Mitternachtsstunde des vorhergehenden Tages gemacht worden sei.

Nach dieser Erklärung würde also das pridie Calendarum noch zum 1. Januar gehören, und die Zeit post primam horam noctis der Anfang desselben Tages sein, welcher sich nach der römischen Zeitrechnung mit der Mitternachtsstunde des folgenden Tages endige. Ulpian hätte also denselben Tag, den 1. Januar, in den dies naturalis und civilis eingetheilt. Und daß die Römer die Tage wirklich so eingetheilt hätten, sei bekannt (cf. Censorinus de die natali cap. 23). Der natürliche Tag, welcher von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang berechnet werde, sei der Geburtstag. Werde das Testament an diesem Tage gemacht, wenn gleich noch vor der Geburtsstunde, so sei es giltig. Der bürgerliche Tag, welcher von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet werde, sei das pridie Calendarum Januarii.

Gmelin, über Zeit u. Zeitrechnung im krit. Archiv der neuesten Literatur Bd. 1. S. 607.
Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1. §. 90.
Savigny, System Bd. 4. S. 381 f.
Hrimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 723.

Siehe übrigens Zeitverhältnisse.

XIX.

Streitig ist, ob nach der L. 5 cit. bei den Frauenspersonen die Testamentsmündigkeit nach einer andern Zeitcomputation zu bestimmen sei.

Einige meinen, bei Frauenspersonen müsse die natürliche Zeitzählung beibehalten werden; denn Ulpian rede in der L. 5 cit. nur von dem 14. Lebensjahre der Männer.

Schultes, Bemerkungen über die Giltigkeit zum Testiren nach römischem Rechte (Jena 1800) §. 77 u. 78.

Andere meinen, daß Ulpian das Beispiel in der L. 5 cit. gerade auf das männliche Geschlecht gestellt habe, beweise nicht, daß es bei dem weiblichen Geschlechte anders gehalten werden solle, und hätte bei Frauenspersonen eine andere Zeitcomputation gelten sollen, so hätte es Ulpian hier gewiß gesagt, wo er so bestimmt die eingetretene Periode der Mündigkeit als nothwendige Bedingung für die Testamentserrichtung nach allen dabei nur denkbaren Verhältnissen festsetze. Auch Paulus in den sent. recept. lib. 3. tit. 4 A. §. 1 mache keinen Unterschied zwischen Manns- und Frauenspersonen. Die bürgerliche Zeitrechnung von Kalendertag zu Kalendertag, welche Ulpian zum Grunde lege, mache überdies bei den Römern die Regel aus, die natürliche Computation die Ausnahme von der Regel. Sie könne also nicht angenommen werden, wo sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben sei.

Gmelin, über Zeit u. Zeitrechnung im krit. Archiv der neuesten Literatur Bd. 1. S. 607
Glück, Pand. Bd. 33. S. 418.

XX.

Ueber die Frage, ob ein Ehegatte, wenn in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse der Grundsatz: „längst Leib, längst Gut" gilt, bei kinderlosen Ehen über die Hälfte des Sammtguts verfügen dürfe, äußern sich die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung dahin:

Präjudiz 1.

Es ist freilich in manchen Gegenden Deutschlands, wo jener Grundsatz der ehelichen Succession gilt, daraus schon im Laufe des 17. Jahrhunderts auf das Vorhandensein einer inneren Gütergemeinschaft unter Eheleuten geschlossen und hieraus dann wieder die Folgerung gezogen worden, daß keiner der Ehegatten einseitig auch nur über einen Theil des gemeinschaftlichen Vermögens testiren dürfe, und es mag dieser Grundsatz an manchen Orten wirklich in die Praxis übergegangen sein.

Wigand, die Provinzialrechte von Paderborn und Corvey Bd. 1. S. 22. Bd. 2. S. 118. 122. Nr. 8.
Ebenderselbe, die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden u. s. w. Bd. 1. S. 35 f.

Daß dies aber in Bremen nicht der Fall ist, daß vielmehr, nachdem das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe zu einem Alleinerbrechte geworden war, auch schon sehr früh dem Ehemanne die Befugniß eingeräumt worden ist, über die Hälfte des Sammtguts als „Sinen deel" letztwillig zu verfügen, und dieses auch noch jetzt als geltendes Recht angesehen werden muß, kann kein Bedenken leiden. . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26. April 1844.

Dieselbe Zweifelsfrage wurde in Ansehung der das Gepräge obigen Grundsatzes tragenden Ansbacher und Stadt

Münchener ehelichen Erbrechte Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Der oberste Gerichtshof zu München hat hinsichtlich beider Particularrechte für die Testirungsbefugniß entschieden.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 181.

XXI.

Ueber die Frage, ob zur Testamentserrichtung die Zuziehung eines Geschlechtscurators erforderlich sei? siehe

Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 326.

Präjudiz 1.

Diese Frage wurde in einer holsteinischen Rechtssache von dem OAG. zu Kiel verneinend entschieden.

Gründe:

Die natürliche Freiheit, wornach jeder selbständig über sein Vermögen zu verfügen befugt ist, leidet für die volljährigen Frauenzimmer nach Sachsenrecht bloß die Einschränkung, daß selbige zur Führung von Processen des sogenannten Kriegerischen Vormündes bedürfen, daher der Sachsenspiegel gar keinen Zweifel gestattet, daß ein mündiges Frauenzimmer letztwillige Verfügungen, welche wegen ihrer Widerruflichkeit nicht einmal eine demselben nachtheilige Verbindlichkeit begründen, ohne Zuziehung eines Geschlechtscurators zu errichten befugt ist.

Ebensowenig legt irgendein Landesgesetz solchen Frauenzimmern, welche dem Sachsenrechte unterworfen sind, die Nothwendigkeit auf, bei letztwilligen Verfügungen sich eines Beistandes zu bedienen, im Gegentheil dürfen vermöge der Verordnung vom 21. Februar 1732 sogar unmündige Personen, ohne Unterschied des Geschlechts, wenn nur die näher vorgeschriebene Form beobachtet wird, ohne Wissen und Willen ihrer Vormünder Testamente errichten; mit dem Geiste dieser Verordnung aber würde es nicht füglich vereinbar sein, anzunehmen, daß einem volljährigen . . . Frauenzimmer weniger Selbständigkeit in der Beurtheilung ihrer letztwilligen Verfügungen beizumessen sei, als einem noch minderjährigen, der Regel nach von ihrem Vormunde abhängigen Frauenzimmer.

Zwar pflegen die Frauenzimmer auch an solchen Orten, wo das Sachsenrecht seine Giltigkeit behauptet, sich eines Geschlechtscurators zu bedienen, wenn sie eine letztwillige Verfügung treffen. Aus dieser üblichen Handlungsweise läßt sich aber keineswegs mit Sicherheit folgern, es habe sich ein Gewohnheitsrecht in dem Sinne ausgebildet, daß ein Testament, welches von einer Frauensperson ohne Beirath ihres Curators errichtet worden, zu Recht nicht bestehen könne, vielmehr steht in der üblichen Zuziehung eines Curators nichts weiter anzutreffen, als die Anwendung einer allem denkbaren Streite über die persönliche Fähigkeit der Weiber vorbeugenden Maßregel, und zwar umsomehr, da einerseits die Hinzuziehung eines Geschlechtscurators nicht immer gerade aus dem eigenen Entschlusse der testirenden Frauensperson herrühren, sondern öfters der Anordnung desjenigen Beamten beizumessen sein wird, vor welchem die letztwillige Handlung geschieht, und welcher, um jede mögliche Verantwortlichkeit wegen Vernachlässigung der von ihm wahrzunehmenden Erfordernisse von sich abzuwenden, im Zweifel lieber etwas Ueberflüssiges anzuwenden, als sich auf das streng Nothwendige zu beschränken Ursache hat; andererseits auch nicht ein einziger Fall nachgewiesen ist, in welchem die Landesgerichte das, was im täglichen Leben als rathsam erscheinen mag, zu einer rechtlichen Nothwendigkeit erhoben und ein im Gebiete des Sachsenrechts von einem Frauenzimmer errichtetes Testament, wegen mangelnder Zuziehung eines Geschlechtscurators, für ungiltig erkannt haben.

Wenn auch das Gewohnheitsrecht, über die Bestimmungen des Sachsenrechts hinausgehend, bei andern wichtigen Rechtsgeschäften den Beistand eines Geschlechtscurators erheischen mag, so ist es doch rechtlich nicht gestattet, bei der Entscheidung der obschwebenden Streitfrage hierauf Gewicht zu legen, indem die Testamente vermöge ihrer Natur und Wirkung sich ganz abweichend von denjenigen Rechtsgeschäften unter Lebenden darstellen, durch welche eine persönliche Verbindlichkeit zum Nachtheil eines Frauenzimmers begründet, oder eine Veräußerung des Vermögens herbeigeführt werden soll, und bei welchen eben deshalb ein männlicher Beistand ungleich rathsamer erscheinen muß, als bei Errichtung von Testamenten, die den Testirer für seine Lebenszeit zu nichts verbinden und bis zu seinem Tode widerruflich bleiben.

Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 51.

Präjudiz 2.

Auch von dem OAG. zu Celle ist der Grundsatz ausgesprochen worden, daß da, wo Geschlechtsvormundschaft noch besteht, zu giltiger Errichtung eines Testaments die Zuziehung des Geschlechtsvormundes der Regel nach (d. h. abgesehen von einem etwaigen particulären Gewohnheitsrechte) nicht erforderlich ist.

Erk. des OAG. zu Celle vom 21. Mai 1840, in S. J. Barvel's zu Neuland c. Claus Kolster zu Twielenfleth, wegen Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 179.

Testamentsmündigkeit, s. testamenti factio activa c. 17. 18. 19.

Testamentszeugen, s. Privattestamente A.

Testamentum ad pias causas.

Böhmer, jus eccles. Prot. lib. 3. cap. 26.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 338 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 130 f.
Lotz, Comm. ad cap. 11 X. de test. et ult. volunt. (1846).
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 8. S. 137 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 868 f.

I.

Streitig ist, ob das cap. 11 X. de test. 3, 26 eine bestimmte Form für testamenta ad pios usus vorschreibe — Solennitätszeugen erfordere — oder bloß eine Bestimmung für den Fall treffe, wenn das Dasein des Testaments durch Zeugen zu erweisen sei.

Einige meinen, das Gesetz bestimme nur eine Vorschrift für den Fall, wenn das Dasein des Testaments durch Zeugen zu erweisen sei, und die Ansicht, daß der Papst den Bestimmungen des römischen Rechts habe derogiren wollen, sei unrichtig. Der Papst erkläre nämlich in cap. 11: die römischen Gesetze sollten nicht auf testam. ad pias causas angewendet werden; solche Sachen gehörten nicht vor das weltliche, sondern vor das geistliche Forum, sie seien nicht zu behandeln nach den weltlichen Gesetzen — non secundum leges humanas — sondern nach den Beschlüssen der Concilien — secundum decretorum statuta. Auf diesen Grund stütze sich die Entscheidung in beiden Formen der Decretale. Die canones und decretorum statuta seien die consuetudo ecclesiae. Diese würde gegründet in den Worten; et his, divina scriptura testante, und quoniam scriptum est, und bestärkt durch das Zeugniß der heiligen Schrift. So wende der Papst jeden Zweifel ab, als könne noch von einer Anwendung der römischen Gesetze die Rede sein. Bloß die rein kirchlichen Satzungen sollten hier gelten, außerhalb dem Kreise des römischen Rechts. In der ursprünglichen Form der Decretale werde nur bestimmt, wie viel Zeugen zum Beweise eines mündlichen Testaments ad pias causas genügten. Wenn hiernach anfänglich der Papst eine Entscheidung darüber getroffen habe, wie viel Zeugen zum Beweise eines mündlichen Testaments, welches eben nur durch Zeugen bewiesen werden könne, nothwendig seien, und

bestimme, daß drei oder zwei Zeugen vollen Beweis machen sollten, so schreibe cap. 11 cit. allgemein vor, es sollten nur drei oder zwei Zeugen von den Richtern requirirt (erfordert) werden, wo es sich um den Beweis eines, gleichviel auf welche Weise errichteten Testaments ad piam causam handle. Was aber bei mündlichen Testamenten eine Sache der Nothwendigkeit sei, daß nämlich Zeugen zum Beweise gehören, das finde hier nicht statt, indem eine Menge anderer Beweise vorhanden sein könnte. Hiernach würden in cap. 11 cit. die drei oder zwei Zeugen nicht als eine nothwendige Form des Beweises gefordert, sondern als das Maximum aufgestellt, über welches hinaus der Richter keine Anforderungen an die Parteien machen dürfe, und Zeugen seien nur da erforderlich, wo es an anderen Beweisen mangele. Der Inhalt eines mündlichen Testaments werde erst durch die Aussage der Zeugen ersichtlich, welche somit zur Form eines solchen Testaments gehörten. Da diese Beschränkung auf eine bestimmte Art weggefallen sei, so umfasse das cap. 11 jede Form der Testamente ad piam causam. Für das mündliche Testament werde also im Originale der Decretale die Zahl von zwei Zeugen als genügend zu dessen Beweise aufgestellt; im cap. 11 cit. werde bestimmt, daß jedes Testament ad piam causam durch zwei Beweiszeugen hinlänglich bewiesen werde.

Pufendorf, obs. T. I. obs. 132.
Thibaut, System §. 844.
Schweppe, röm. P.-R. §. 823.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 483.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 697. Not. 5.
Göschen, Vorles. Bd. 5. §. 904.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 133.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 871.
Puchta, Pandekten §. 468. Not. g.
Arndts, Pandekten §. 489. Not. f.

Andere meinen, durch das cap. 11 cit. werde eine bestimmte Form vorgeschrieben, wornach also die drei oder zwei Zeugen zum formellen Rechtsbestande des Testaments erforderlich seien — Solennitätszeugen. Denn nach der Auffassung der Praxis sei die päpstliche Bestimmung in cap. 11 als singuläres und correctorisches (d. h. das frühere nur theilweise abänderndes) Recht zu betrachten, folglich (nach L. 35 pr. C. de inoff. test. 3, 28) im Zweifel eine Interpretation vorzuziehen, nach welcher sie sich so wenig wie möglich von der Rechtsregel entferne. Das Gesetz spreche aber überall nicht von der Qualität, sondern nur von der Zahl der Zeugen; es sollten nicht sieben oder fünf Zeugen nöthig sein, sondern nur drei oder zwei genügen. Ferner heiße es in den Decisivworten der Decretale: tribus aut duobus legitimis testibus requisitis.

Stryk, caut. test. cap. 12 §. 6.
J. H. Böhmer in adnot. ad cap. 11 X. de test. u. in jus eccl. Prot. T. 1. lib. 1 §. 19.
Höpfner, Instit. §. 463.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1179. Not. 3.
Günther, princ. jur. Rom. § 778.
Mackeldey, Lehrbuch §. 647. Not. 6.
v. Hartitzsch, Erbrecht § 406.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 340.
Roßhirt, Erbrecht § 89.
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd 10. S. 167
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. S. 395. Not. 35.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 71.

Und für diese Ansicht hat sich das OAG. in Darmstadt durch Erlaß vom 21. Aug. 1818 ausgesprochen.

Bopp, Mittheilungen der Gesetzgebung u. Rechtspflege des Großherzogthums Hessen Bd. 4. S. 67—112.

Präjudiz 1.

In Motiven eines (oberstrichterlich bestätigten) Erkenntnisses des Hofgerichts zu Darmstadt wurde zur Begründung der Ansicht, daß Zuziehung von Zeugen auch bei schriftlichen Verfügungen dieser Art erforderlich, geäußert:

Die eingreifenden Gesetzesstellen seien
cap. 4 u. 11 X. de test. 3, 26

Die Worte des cap. 4 seien so unbestimmt, daß sich daraus die Verneinung des Erfordernisses der Zeugenzuziehung nicht rechtfertigen lasse. In dem cap. 11 sei vorgeschrieben, daß statt 7 und 5 Zeugen nur 3 oder 2 zuzuziehen seien, wenn die Verfügung einem frommen Zweck gelte. Die Worte tribus aut duobus testibus requisitis lauteten so bestimmt, daß man sie, da das Gesetz nicht zwischen mündlichen und schriftlichen Verfügungen unterscheide, nicht auf die eine oder andere Art derselben beschränken könne. Beziehe man sich auf das Institut des Testaments der Eltern unter ihren Kindern und des Testaments des Soldaten, um einfachen Scripturen zu frommen Zwecken Rechtsgiltigkeit zu vindiciren, so sei dasselbe ein singuläres. Ebensowenig entscheidend sei der favor, welchen die frommen Stiftungen genössen.

Zur Motivirung der oberstrichterlichen Bestätigung wurde noch hinzugefügt: Die Gründe, durch welche namentlich J. H. Böhmer in seinem Werke: jus eccles Prot lib. 3. tit. 26 § 19 etc. die Meinung vertheidige, daß die Vorschrift des cap. 11 X. de testam. nur von mündlichen letztwilligen Dispositionen zu frommen Zwecken zu verstehen sei, und der Papst darin die Zuziehung von 3 oder 2 Zeugen nur des Beweises halber, nicht zur Giltigkeit (solennitatis causa) verlange, habe allerdings Vieles für sich. Auch Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 463 theile diese Ansicht, gebe jedoch, indem er in der Anmerkung die Worte der Gesetze anführe, zu, daß sich Vieles dagegen sagen lasse. Es sei zu bedenken, daß der Papst sich ganz allgemein ausdrücke, und der Richter nicht unterscheiden solle, wenn das Gesetz dieses nicht thue. Da, wo die Gesetze die Zuziehung von Zeugen zu letztwilligen Verfügungen verlangten, geschehe dieses immer der Solennität wegen (zur legalen Form), so daß anzunehmen sei, daß, wenn der Gesetzgeber bloß Beweiszeugen im Auge gehabt habe, er es ausdrücklich bemerkt haben würde. Mit den Worten „legitimis testibus requisitis" scheine angedeutet, daß die Zeugen sogar speciell rogirt sein müßten *).

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 21. Aug 1818 **)
Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 149.

*) Entgegengesetzt ist die Praxis des OAG. in Cassel. s. Pfeiffer prakt. Ausf. aus allen Theilen der Rechtsw., mit Erk des OAG. in Cassel Bd. 2. 1828. Nr. 10: „Testamentarische Verfügungen zum Besten milder Stiftungen bedürfen zu ihrer Giltigkeit nach dem canonischen Recht und dem hierauf gegründeten Gerichtsgebrauche keiner besonderen Förmlichkeiten". — Für diese Ansicht des OAG. zu Cassel hat sich in neuerer Zeit ausgesprochen Schulte in der Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 8 Nr. 8, für die des OAG. zu Darmstadt ist Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. 42. S. 133 in die Schranken getreten.

**) In obenerwähntem Falle wurde übrigens angenommen, daß die in Frage befindliche Scriptur die Herstellung der Gewißheit des Willens zu begründen nicht geeignet, sondern vielmehr als bloßer Entwurf anzusehen sei. Dieselbe war zwar vom Erblasser geschrieben und unterschrieben, auch mit dem Datum versehen; aber dieselbe befand sich auf einem halben Bogen etwas verbraucht aussehenden, mit Dintenflecken bedeckten Papiers, welches nach allen Zeichen die unbeschriebene, abgerissene Hälfte eines Briefes war. Es kam auch vor, daß die Scriptur nicht unter den wichtigen Papieren des Erblassers, sondern vermischt mit unnützen und weggeworfenen Papieren aufgefunden worden sei. Noch wurde erwogen, daß der Erblasser eine mit der obwaltenden Streitfrage bekannte Person gewesen, und daher, wenn er die fragliche Stiftung schon fest beschlossen gehabt haben würde, die Verwirklichung derselben durch Zuziehung von Zeugen oder gerichtliche Hinterlegung sicherzustellen, wohl nicht verfehlt hätte. Vgl. hierüber G. L. Böhmer, auserl. Rechtsfälle Bd 1. Abth. 1. Nr. 24.

II.

Folgt man der Ansicht, daß das cap. 11 X. de test.

nur von dem Beweise solcher Testamente, wozu drei oder zwei Zeugen verlangt werden, handle, so streitet man ferner, ob diese Zeugen für den Beweis eines jeden solchen Testaments nothwendig seien, oder nur dann, wenn kein anderer hinlänglicher Beweis geführt werden könne.

Einige meinen, daß der Beweis nicht ausschließlich an die Zeugschaft gebunden sei. In den Schlußworten der Decretale, welche sich auf die biblische Stelle: „in ore duorum vel trium testium stat omne verbum" beziehe, werde das Erforderniß von 3 oder 2 Zeugen nicht solennitatis causa, sondern nur des Beweises willen angedeutet, mithin genüge jede Art, die rechtliche Gewißheit des letzten Willens außer Zweifel zu setzen, wie denn auch Vermächtnisse zu frommen Zwecken nach cap. 4 X. de test. 3, 26 ohne alle Förmlichkeiten giltig seien. Diese Ansicht werde bestätigt durch die ratio legis, durch die Gewohnheit der Kirche, worauf der Papst provocire, und durch den Geist des canonischen Rechts überhaupt. Siehe die weitere Ausführung dieser Gründe bei Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 872 bis 880.

Walter, Kirchenrecht § 277.
Wiese, Handbuch des Kirchenrechts Th. 2. §. 295.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1379.
Günther, princ. jur. Rom. §. 778.
Hufeland, Lehrb. des Civilr §. 1338.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 338
Roßhirt, Erbrecht §. 89.
Hartitzsch, Erbrecht §. 406.
Mackeldey, Lehrbuch § 647.
G L. Böhmer, obs. jur. can. obs. 4.
Hommel, Rhapsod. obs. 232.
v. Dalwigk, Versuch einer philos.-jur. Darstellung des Civilrechts Th. 2. §. 48.
Brendel, Kirchenrecht S. 510.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 872 f.
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 10. S. 183 f.

Andere meinen, die Zuziehung zweier Testamentszeugen sei erforderlich, um eine letztwillige Disposition zum Besten einer pia causa gegen Mängel in der Form aufrecht zu erhalten. Dies wird gefolgert:

1) daraus, daß der Papst in cap. 11 X. de test. jedwede Form eines test. ad pias causas zulasse, sofern nur des Testators Wille sicher und unbezweifelt sei, während er doch in cap. 10 X. de test. unmittelbar vorher zur Förmlichkeit ausdrücklich drei oder zwei Zeugen fordere.

2) Ein fernerer Einwand gegen den Satz, daß wo es sich bloß um Gewißheit handelt, jede Art des Beweises genüge, wird aus L. 32 C. 6, 42 entlehnt, welches Gesetz von dem sog. legatum praesente herede relictum handele, und dieses doch einen bestimmten Beweis des Willens fordere.

Ein fernerer Beweis bestehe 3) darin, daß, wenn der Papst einen anderen Beweis als durch Zeugen hätte zulassen wollen, er bestimmter und deutlicher gesprochen haben würde, zumal er es mit solchen Personen zu thun hatte, welche die civilrechtlichen Förmlichkeiten auch für diese Testamente gefordert hätten.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 689.
Thibaut, System §. 844.
Schweppe, röm. P.-R. §. 823.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 483.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 132.
Valett, Lehrbuch des Pandektenr. §. 973.
Frey, Comm. über das Kirchenrecht Th. 4. §. 32.
Harprecht, diss de admixt. person. in disp. par. int. lib. th. 30. Nro. 8.
Lotz, Comm. ad cap. 11 X. de test. et ult. vol. p. 41

Vergl über diese Einwände
Schulte in Gießer Zeitschr. N F. Bd. 10. S. 200 f.

Präjudiz 1.

Das von der Erblasserin sog. Testament ist auch nach den in Sachsen geltenden Vorschriften des römischen Rechtes kein Testament, weil ihm gezeigtermaßen die Erbeinsetzung fehlt, welche,

vergl. §. 34 Inst. de leg. 2, 20.
L. 1. §. 3 D. de vulgari et pupill. subst. 28, 6.
L 20 D. de cod. 29, 7.
Decis. elect. 46 v. J. 1661.

ein so wesentliches Erforderniß der Testamentserrichtung ist, daß ohne dieselbe ein Testament gar nicht vorhanden ist. Es enthält aber auch jener Aufsatz nicht einmal eine Verfügung über den gesammten Nachlaß, sondern nur einige vorläufige Bestimmungen zu Gunsten des Ehemannes und die Erklärung, daß eine genaue und erschöpfende Verfügung noch nachfolgen werde. Ob unter diesen Umständen die Bl... speciell getroffenen Verfügungen aufrecht zu erhalten, ob, wenn in dem Aufsatze Bl... der streitigen Stiftung bereits bestimmte Erwähnung geschehen und dieselbe mit einem Vermächtnisse bedacht worden wäre, diese Dispositionen rechtsgiltig seien, kann unerörtert bleiben, da, wie ebenfalls bereits bemerkt werden müssen, in dieser Schrift dergleichen, die Stiftung betreffende Anordnungen sich überhaupt noch gar nicht vorfinden. Erst in den Codicillen vom 12. Juli 1836 und vom 31. October 1839 ist die Erblasserin mit ihrer Absicht, die jetzt in Frage stehende Stiftung zu begründen, hervorgetreten, und hat dabei unter mannigfachen Wiederholungen, Modificationen und Widersprüchen angeordnet, was die beabsichtigte Stiftung zu ihrer ersten Einrichtung und künftigen Unterhaltung aus ihrem Nachlasse beziehen solle.

Abgesehen von dem Einflusse, welchen die Bestätigungsclausel Bl... und die Eigenschaft dieser Stiftung als pia causa auf Beurtheilung der Sache zu äußern vermögen, können die Codicille, da sie ohne Beobachtung der als Regel vorgeschriebenen äußeren Formalitäten errichtet worden sind, weder als testamentarische, noch als minder feierliche letzte Willenserklärungen einen Anspruch auf Rechtsgiltigkeit machen. Es sind daher nur die angedeuteten beiden Gesichtspunkte noch einer speciellen Prüfung zu unterziehen.

Nun ist zwar in der sächsischen Praxis zumeist die Ansicht befolgt worden, daß es bei Codicillen, welche durch ein Testament bestätigt werden, nach den insoweit auch in Sachsen geltenden Vorschriften des römischen Rechtes keiner besonderen Form, insbesondere der Zuziehung von Zeugen nicht bedarf; allein, wenn man auch hiervon ausgeht, so folgt hieraus immer noch nicht die Rechtsbeständigkeit der jetzt fraglichen Nachzettel, weil es dazu der Bestätigung durch ein förmliches und rechtsgiltiges Testament bedurft hätte.

Durch die Nichtigkeit des Testaments, in dem eine solche Bestätigung enthalten ist, muß auch die rechtliche Wirksamkeit der in demselben enthaltenen Bestätigungsclausel umsomehr wegfallen, wenn man erwägt, daß das testamentarische Codicill als ein Bestandtheil des Testaments angesehen wird und von dem Bestande des Testaments abhängig ist. Wenn man aber bei der vielfach erwähnten letzten Willenserklärung vom 23. Februar 1836 der Erblasserin nicht sowohl die Absicht, ein Testament, sondern nur die, ein Codicill zu errichten, unterlegen, oder diese Willenserklärung, obschon sie die Codicillarclausel nicht enthält, als ein Intestatcodicill aufrecht erhalten wollte, so würde hinwiederum in Betracht gelangen, daß weder im römischen noch im sächsischen Rechte eine Bestimmung existirt, wonach, ohne das Vorhandensein eines Testaments, ein Codicill durch ein anderes Codicill im Voraus bestätigt werden könnte.

Aber auch insofern, als es sich um Verfügungen zu Gun-

sten einer milden Stiftung handelt, können jene letztwilligen Dispositionen nicht aufrecht erhalten werden. Das preußische Recht kennt in dieser Hinsicht eine Bevorzugung nicht; ebensowenig sind nach römischem Rechte Testamente und Vermächtnisse für milde Stiftungen in Bezug auf die Form ihrer Errichtungen begünstigt worden, denn in

L. 24. 28. 49 C. de episcop. 1, 3.
L. 13 C. de sacrosanct. eccles. 1, 2.

ist nur soviel bestimmt, daß dergleichen Verfügungen möglichst bei Kräften erhalten, und daß es nicht für eine ungewisse Erbeinsetzung angesehen werden solle, wenn nur im Allgemeinen und ohne nähere Bezeichnung der Personen „den Armen" oder zur Loskaufung „der Gefangenen" etwas bestimmt worden ist. Das canonische Recht verordnet bekanntlich

cap. 11 X. de testam. 3, 26

daß eine letztwillige Verfügung zu milden Zwecken gelten solle, falls sie vor zwei Zeugen errichtet worden sei; wenn man aber auch auf Grund dieser Bestimmung in der Praxis die Ansicht geltend gemacht hat, daß hier die Zeugen nur probationis causa zuzuziehen seien, und daß eben deshalb der Wille des Testirers, auf dessen Existenz und Beweis allein es ankomme, auch durch eine im Nachlasse vorhandene, von demselben herrührende Schrift dargethan werden könne: so ist doch diese Rechtsmeinung namentlich unter den sächsischen Praktikern und den älteren sächsischen Spruchbehörden keineswegs unbestritten geblieben oder consequent befolgt worden, wie die einander geradezu entgegenstehenden Ansichten von

Carpzov, P. 3. const. 4 def. 33 und
Berger, oeconom. lib. 2 tit. 4. th. 9. not. 3.
Hommel, obs. 232.

und die von einem jeden der ersteren für sich angezogenen Rechtssprüche dies genugsam beweisen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Sept. 1854, in S. des Actors der Gravert'schen Stiftung gegen den für den Nachlaß Marien Augusten Elisabeth Naß, geb. v. Gravert, bestellten Vertreter.
Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen. N. F. Bd. 14. Hft. 1. Nr. 5. S. 40 f.

Präjudiz 2.

Auch bei nochmaliger Prüfung des hier einschlagenden Sachverhältnisses hat man den in erster und zweiter Instanz entwickelten Gründen beizutreten gehabt. Man fügt jenen Gründen nur noch Folgendes hinzu. Die Begünstigungen, die Testamente genießen, worin fromme Stiftungen bedacht worden sind, bestehen gemeinrechtlich darin, daß solche vor zwei Zeugen rechtsgiltig errichtet werden können,

cap. 4 11 X. de testam. 3, 26.

Ob, wenn ein solches Testament schriftlich errichtet worden ist, die Zuziehung zweier Zeugen ebenfalls gemeinrechtlich erforderlich sei, ist unter den Rechtslehrern streitig. Dagegen steht nach dem Generale vom 16. Sept. 1746 im Königreiche Sachsen fest, daß bei einem schriftlichen Testamente die Zuziehung zweier Zeugen nicht erforderlich ist. Es soll vielmehr zur Giltigkeit einer derartigen schriftlichen Disposition genügen, wenn nur der defunctus seinen Willen schriftlich hinterläßt, und sothane entweder von ihm **selbst** geschriebene oder **wenigstens** eigenhändig vollzogene Disposition nach seinem Ableben in seiner Erbschaft unversiegelt aufgefunden wird. Ist das Eine oder das Andere der Fall, „so soll hinlängliche Gewißheit vorhanden sein, daß der Testator noch bei seinem Ende gemeint gewesen, der milden Stiftung ein Legat zuzuwenden." Die Formalitäten, die bei Legaten zu milden Stiftungen zu beobachten sind, bestehen daher darin, daß, wenn sie mündlich errichtet werden, zwei Zeugen zugezogen werden müssen, und wenn eine schriftliche Disposition im Nachlasse vorhanden, diese entweder vom Testator selbst eigenhändig geschrieben worden, oder wenn sie eine dritte Person niedergeschrieben, vom Testator eigenhändig unterschrieben worden sein muß.

Der Kläger gibt nun selbst zu, daß die Klagbeilage unter II., das Legatenverzeichniß Bl. . . ., worin Friedrich Christian H. dem Stadtwaisenhause in Dresden ein Legat von 500 Thlrn. ausgesetzt hat, nicht von H. selbst geschrieben worden sei, sondern von einem Schreiber auf Geheiß und nach Anleitung desselben. Nach den obangezogenen gesetzlichen Vorschriften würde daher dieses Legat nur dann rechtsgiltig sein, wenn H. das von einer dritten Person geschriebene Legatenverzeichniß eigenhändig unterschrieben hätte. Diese Mangelhaftigkeit dieser letztwilligen Verfügung will nun Kläger dadurch beseitigen, daß er sich darauf bezieht, daß H. selbst eigenhändig ein Testament niedergeschrieben und in diesem sich auf das hier fragliche Verzeichniß bezogen habe. Hierdurch sei das letztere ein integrirender Theil des Testaments selbst geworden, und müsse daher auch dieselbe Giltigkeit haben, wie das von H. selbst geschriebene Testament. Allein dem Kläger ist dagegen einzuhalten, daß dieses Testament selbst, die Klagbeilage unter I., nur als ein Entwurf zu einem Testamente, nicht aber für ein rechtsgiltiges Testament selbst angesehen werden kann. Dies geht daraus hervor, daß in dem Testamente mehre Lücken vorhanden sind, die jedenfalls erst von dem Testator noch haben ausgefüllt werden sollen. Namentlich ist in §. 2 die Summe noch offen gelassen worden, die der Universalerbe erhalten soll, und in §. 5 der Name des Testamentsvollstreckers. Ferner ist der Schluß des Testaments §. 11 nicht vom Testator selbst, sondern von einer anderen Hand geschrieben worden. Hieraus, sowie auch daraus, daß die hier fragliche Schrift vom Testator gar nicht unterschrieben, auch ein Datum nicht beigefügt worden ist, geht klar hervor, daß die Klagbeilage I. nur ein Entwurf zu einem Testamente hat sein sollen, nicht aber der schon ausgedrückte feste letzte Wille des Testators. Ein perfectes Testament liegt daher hier gar nicht vor.

Allein, selbst wenn ein giltiges Testament vorläge und in diesem auf eine Beilage Bezug genommen worden wäre, so würde dies für Klägern immer noch ein günstiges Resultat nicht herbeiführen.

Nach der Fassung der Klage ist es zweifelhaft, ob die im Testamente erwähnte Beilage vor dem Testamente oder erst nach dem Testamente niedergeschrieben worden ist. Wäre nun die Beilage von einer dritten Person erst nach dem Testamente angeblich auf Geheiß und nach Anleitung des Testators niedergeschrieben worden, so müßte dann immer noch irgend ein Umstand vorliegen, woraus hervorginge, daß der Testator auch den Inhalt dieser späteren, von einem Dritten bewirkten Niederschrift genehmigt habe. Auf eine ausdrückliche Genehmigung hat sich Kläger nicht bezogen, vielmehr folgert Kläger diese Genehmigung nur daraus, daß ein Schreiber die Beilage zum Testamente angeblich auf Geheiß und nach Anleitung H.'s geschrieben habe. Gesetzten Falls nun, es bestätigte der Schreiber dieser Beilage diesen Theil der Klage, der noch auf Beweis steht, so würde durch diesen einen Zeugen durchaus etwas nicht dargethan werden. Denn wenn die Giltigkeit eines Legates zu frommen Stiftungen durch Zeugen dargethan werden soll, so sind, wie zur Giltigkeit einer derartigen mündlichen letztwilligen Verfügung, zwei Zeugen erforderlich. Kläger hat aber gar nicht behauptet, daß bei Errichtung der Beilage zwei Zeugen gegenwärtig gewesen wären. Von einem auf die Aussage eines Zeugen zu stützenden Legaleide, daß es wirklich der letzte Wille des Testators gewesen sei, dem Stadtwaisenhause zu Dresden ein Legat von 500 Thlrn. zu hinterlassen, kann hier, wo gewisse, wenn auch geringe Formalitäten zur Giltigkeit einer letztwilligen Verfügung nothwendig erforderlich sind, selbstverständlich nicht die Rede sein.

Erk. des OAG. zu Dresden v. Jan. 1856, in Sachen des Stadtraths zu D. gegen Christian Sch. u. Cons.
Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen. N. F. Bd. 15. Hft. 4. Nr. 80. S. 348 f.

Siehe auch das Präj. zu Contr. 1.

III.

Streitig ist, ob die Zeugen, welche bei Errichtung eines test. ad pias caus. zugezogen sind, rogirt werden müssen.

Einige bejahen dies; denn in den Dispositivworten des cap. 11 X. de test. heiße es: tribus aut duobus testibus **legitimis requisitis**. Nun aber weise der Ausdruck „legitimi testes" nach dem Sprachgebrauche des canonischen Rechts auf die civilrechtliche Qualität der Zeugen, und das **requisitis** könne

nur auf deren solenne Zuziehung bei dem Testamentsacte gehen.

Pufendorf, obs. T. I. obs 132.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 134
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 697. Not 5.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 35.

Andere meinen, daß die Zeugen nicht rogirt, d. h. zum Testamentszeugniß aufgefordert werden müßten, sondern einfach nur zugegen gewesen zu sein brauchten. Der Ausdruck requisitis sei lediglich auf das processualische Requiriren der Zeugen durch richterlichen Erlaß zu beziehen, und entspreche nur dieser Bedeutung, welche gerade die technisch-processualische dieses Wortes sei. Dagegen würden sich bei Annahme der Ansicht, daß die Zeugen requirirte Solennitätszeugen sein müßten, mehre Bestimmungen der Decretale nicht erklären lassen, z. B. die Bestimmung, das römische Recht solle auf diese Testamente nicht angewendet werden, ferner: die Beurtheilung solle nach göttlichem Rechte erfolgen und überhaupt die ganze Tendenz des cap. 11, welche nur von Beweiszeugen spreche, eine andere sei. Endlich spreche für diese Ansicht die Gleichstellung der Legate ad pias causas mit den Testamenten in cap. 11 X. de test., vergl. mit L. 8. §. 3 C. de codicillis 6, 36.

J. L. Fleischer, Einleit. zum geistl. Recht S. 608.
Böhmer, jus eccl. Prot. P. 2. lib 3. tit. 26. § 19.
Lauterbach, coll. th. pr. 29. 1. §. 50.
Stryk, cautels test. §. 5 u. 6.
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 10. S. 207 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 880

IV.

Streitig ist, ob Weiber bei einem test. ad pias causas giltige Zeugen sein können.

Einige verneinen dies, weil es in cap. 11 X. de test. heiße: tribus aut duobus testibus legitimis. Der Ausdruck legitimi testes weise aber auf die civilrechtliche Qualität der Zeugen hin, und die Tendenz des cap. 11 X. de test. sei nur, daß statt der gemeinrechtlichen sieben Zeugen zwei oder drei genügen, also die Zahl der Zeugen verringert werden solle, im Uebrigen aber die Bestimmungen des gemeinen Rechts bestehen bleiben sollten.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 697. Not. 5.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 34. S. 134.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 35.
Göschen, Vorlesf. Bd. 3. §. 904.
Lotz, Comm. ad cap. 11 X. de test. p. 52.

Andere meinen, Weiber könnten allerdings bei diesem Testamente Zeugen sein; denn nach canonischem Rechte seien für dieses Testament keine Solennitäten vorgeschrieben, und wo es sich nur um den Beweis eines nicht an bestimmte Solennitäten gebundenen Geschäfts handele, könne ein Weib giltiges Zeugniß ablegen. Die Erklärung der Gegner in Betreff des Ausdrucks legitimi sei unrichtig. Legitimum sei nur, was den Erfordernissen einer lex entspreche. Nach der ausdrücklichen Entscheidung des Papstes sollen aber hier nicht leges humanae (Romanae), sondern die leges divinae allein berücksichtigt werden. Daraus ergebe sich, daß die testes legitimi solche seien, welche den canonischen Gesetzen entsprechen; alle diejenigen seien im Geiste des canonischen Rechts legitimi, welche weder die Natur, noch das canonische Recht Zeugniß abzulegen hindere.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 880 f.
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 10. S. 309 f. und die S. 210. Not. 77 zahlreich angegebenen Schriftsteller.

V.

Streitig ist, ob ein filius familias über seine Adventitien zum Vortheil einer frommen Stiftung, mit Einwilligung seines Vaters, testiren könne.

Einige bejahen dies, gestützt auf cap. 4 de sepult. in VIto 3, 12. Die Worte des cap. 4 cit.: pro anima sua judicare aliquid, bedeuteten nichts anders, als legiren zu Gunsten eines frommen Zwecks. Judicare bedeute oft im Latein des Mittelalters soviel als legare, testamento relinquere, z. B. II. Feud. tit. 9. §. 3.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 883.
Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 10. S. 217 und die Not. 102 Genannten.
Schmalz, Handbuch des canon. Rechts §. 352.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 483.

Andere meinen, die gegenseitige Behauptung sei grundlos. Es sei nicht anzunehmen, daß der Papst die Absicht gehabt habe, in cap. 4 cit. etwas dem Civilrechte Widerstreitendes verordnen zu wollen. Das Wort judicare, wenn anders die Lesart ihre Richtigkeit haben sollte, habe im Mittelalter eine schwankende Bedeutung gehabt.

Glück, Pand. Bd. 34. S. 140 f.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1379.
Fritz im civil. Archiv Bd. 6. S. 211.

Andere verstehen das cap. 4 cit. nur von Schenkungen auf den Todesfall, und halten deshalb das römische Recht nicht für derogirt.

Puchta, Pand. §. 463. Not. 5.
Göschen, Vorlesf. §. 791 u. 732.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 588.

Vergl. testamenti factio activa c. 13.

VI.

Fast alle Civilisten verneinen schlechthin die Giltigkeit der zu Gunsten fremder Personen, d. h. nicht einer pia causa gemachten Dispositionen in einem test. ad piam causam; die älteren Canonisten dagegen bejahen dieselbe durchgängig (s. Schulte in Gießer Zeitschrift N. F. Bd. 10. S. 222; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 885).

Streitig ist aber, was unter pia causa zu verstehen sei.

Einige verstehen darunter alle gemeinnützigen Anstalten.

Böhmer, jus eccles. Prot. lib. 3. tit. 26. §. 12.

Andere wollen überhaupt gemeinnützige Anstalten zu religiösen und wohlthätigen Zwecken darunter fassen.

Seuffert, Pandektenrecht Bd. 1. §. 55.

Andere Alles, was unmittelbar zu einem religiösen, wohlthätigen, sittlichen, zu einem Unterrichts- und Bildungszweck bestimmt werde.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 201.
Mackeldey, Lehrbuch §. 145.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 96.

Andere halten wenigstens die Anwendung auf Schulen und Universitäten für bedenklich,

Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 95.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 53.

wogegen Andere solches für unbedenklich halten.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 339.

Andere meinen, die pia causa auf andere gemeinnützige Anstalten überhaupt anzuwenden, sei nicht zu rechtfertigen, falls nicht der bestehende Gerichtsgebrauch eines Landes oder Ortes sich dafür entschieden habe.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 339.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 132.

VII.

Regelmäßig sollen die Vermächtnisse ad pias causas binnen sechs Monaten, angerechnet von der Insinuation des Testaments, entrichtet werden, und soll ein längerer Aufschub den Onerirten zur Zahlung von Zinsen verpflichten.

Dabei ist streitig, ob diese Folge stets nach verflossener sechsmonatiger Frist eintrete, auch wenn den Onerirten kein Vorwurf einer Saumseligkeit trifft.

Einige bejahen dies, unter einfacher Bezugnahme auf die allgemeine Vorschrift in Nov. 131. c. 12.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1526. not. t.
Lauterbach, coll. th. pr. P. ad tit. de leg. et fid. §. 51.
Schweppe, röm. P.-R. §. 899.
Seuffert, Lehrbuch des Pand.-R. §. 616.

Andere meinen, der gesetzliche Ausdruck deute darauf hin, daß die allgemeinen Bedingungen der mora, d. h. eine verschuldete Verzögerung der Erfüllung, vorhanden sein müssen. Nur die besonderen Bedingungen einer mora im juristischen Sinne seien hier nicht erforderlich; es trete mora ex re ein, L. 46. §. 4 C. de episc. et cler. Hieran ändere die Nov. 131. c. 12 nichts ab. Das Unterscheidende von anderen Vermächtnissen bestehe also darin, daß theils eine mora ex re auch ohne festgesetzten Leistungstermin eintrete, theils darin, daß die Wirkungen der mora auf die Todeszeit des Erblassers zurückgezogen würden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 142.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 886.
Madai, Lehre von der mora §. 26. S. 159.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 99 f.

VIII.

Streitig ist, ob vor Ablauf der gesetzlich zur Entrichtung der legat. ad pias causas gestatteten Frist von sechs Monaten, durch Aufforderung zur Leistung, eine mora und somit die Pflicht, auch schon vor Ablauf jener sechs Monate Zinsen zu zahlen, eintreten könne.

Einige meinen, vor Ablauf des gesetzlichen Termins könne keine Mahnung stattfinden. Schon die ganze Fassung der Worte der Nov. 131. c. 12 weise auf ein schuldvolles Zögern hin, namentlich der Ausdruck distulerint werde in eben dem Sinne wie im elften Capitel, wo von einer widerrechtlichen Verzögerung die Rede sei, gebraucht; dieses sei die Uebersetzung von ὑπερθῶνται, und unter ὑπέρθεσις werde mora verstanden. Auch deute die L. 46. §. 4 C. 1, 3 auf diese Ansicht hin.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 5. S. 99 f.

Andere meinen, der Gesetzgeber gehe von der Voraussetzung aus, daß von Vermächtnissen die Rede sei, deren Auszahlung gleich nach der Erbschaftsantretung gefordert werden könne, sowie, daß der Onerirte noch überall nicht zur Leistung aufgefordert sei. Für diese Ansicht sprächen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, sowie daß die Nov. 131. c. 12 den Vortheil der pia causa bezwecke. Die Ansicht der Gegner werde durch nichts motivirt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 143.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 886.

IX.

Streitig ist, ob annuae praestationes, welche ad pias causas bestimmt sind, verjährbar seien. Siehe legatum annuum c. 3.

Anm. Die sämmtlichen in der Theorie bestrittenen, in der Praxis kaum vorkommenden Privilegien der Testamente ad pias causas weiter auszuführen — Tiraquellus in tractat. de privilegiis piae causae führt nicht weniger als 108 Privilegien auf — hat für den Zweck dieses Werks nicht thunlich erschienen.

Vergl.

Schulte in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 8. S. 215. Not. 91.

Testamentum ad pias causas, deren Widerruf, f. Testamente, deren Widerruf c. 8.

Testamentum destitutum, Wirkung der Codicillarclausel, f. Codicillarclausel c. 11.

— — überhaupt, f. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 7. 8.

Testamentum irritum, f. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 6.

Testamentum militare.

Hänel, diss. de testam. militari (1815 u. 1816).
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 797.
Höpfner, Institut. §. 453 u. 454.
Glück, Pand Bd. 34. S. 444. Bd. 33. S. 348. Bd. 34. S. 69. S. 186. S. 401.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 19—130.

I.

Streitig ist, ob das Testamentsprivilegium auf diejenigen Soldaten beschränkt sei, welche sich im Kriege befinden.

Einige meinen, es werde erfordert, daß der Soldat im Feldlager oder in der Schlacht selbst sein müsse, so daß also der in Garnison stehende oder in den Winterquartieren befindliche Soldat jure communi testiren müsse, pr. inst. de militari test. 2, 11. §. 3 Inst. eod. L. 17 C. de test. militis 6, 21. Der Ausdruck in §. 3 Inst. 2, 11: „quatenus militant et in castris degunt" bedeute soviel als im Feldlager oder in der Schlacht selbst. Dies gehe aus der L. 17 C. cit. hervor, welche das Testamentsprivilegium his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, gestatte.

Donellus, Comm. jur. civ. lib. 6. c. 28. §. 40 u. 41.

Vinnius ad pr. Inst. de milit. test.
Höpfner, Institut. §. 453.
Thibaut, System §. 842.
Günther, priue. jur. Rom. § 777. Nro. 2. A. 2.
Schweppe, röm. P.-R. §. 784.
Mackeldey, Lehrbuch §. 644.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 695. Nr. 1.
Hartitzsch, Erbrecht §. 400. Nr. 2.
Haimberger, röm. P.-R. §. 352.
Hänel, diss. I de test. milit. § 13.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 799.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 34 f.

Andere meinen, daß Justinian nur habe sagen wollen, der Soldat müsse in seinen Dienstgeschäften sein. Dies sei auch der Fall, wenn er sich in seinem Standquartiere, im Winterquartiere befinde, mithin werde das Privilegium nur dem Soldaten abgesprochen, welcher zwar noch dem activen Militär angehöre, allein augenblicklich außer Dienst sei, z. B. einem Beurlaubten. Man behauptet nämlich, in expeditione esse bedeute: in Dienstgeschäften sein, und castra, namentlich mit dem Zusatze stativa, bedeute: militärische Standquartiere. Ein weiteres Argument wird aus Justinian's Verordnung über die Restitution der Soldaten in L. 8 C. de restit. milit. 2, 50 abgeleitet, wo unterschieden wird, ob der Soldat in expeditione gewesen, oder in suis aedibus gelebt habe. Hieraus folgert man, daß in pr. Inst. 2, 11 statt in suis sedibus zu lesen sei: in suis aedibus.

Cujacius, consult. Nro. 49
Madihn, Abhandl.: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig.
Hommel, diss. de exigua diff. inter test. milit. et pagani §. 3.

Andere unterscheiden zwischen Winterquartier und dem Garnisonsorte, und beziehen das Privilegium auf die in dem ersten errichteten Testamente.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 481. Nr. 1. Not. y.
Hiergegen siehe
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 43 f.

Andere wollen, abgesehen von Kriegszeiten und Winterquartieren, auch einem schwer verwundeten Soldaten, welcher nach einem anderen Orte transportirt werde, das Privilegium gestatten.

Stryk, usus mod. P. 29. 1. §. 4.

Präjudiz 1.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wurde mit Bezugnahme auf
C. 1 u. 17 de testam. milit. 6, 21 und
Not.-Ordn. von 1512. Tit. von Testamenten §. 2.
von einem Testamente, welches der Feldwebel S. im J. 1812 auf dem Marsche nach Rußland in Hamburg errichtet hatte, angenommen, daß dabei die Privilegien der Soldaten unläugbar eintreten, weshalb die Uebergehung der zur Zeit der Errichtung noch lebenden Mutter des Testirers das Testament, als militärisches Testament,
arg. §. 6 Inst. de exhered. liber. 2, 13.
nicht entkräften könne.

Erk. des OAG. zu Jena vom 23. Dec. 1820, in S. Katharina Sturm c. Dorothea Sturm.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 201.

II.

Streitig ist, ob die (in der Contr. 1 erwähnte) Beschränkung nicht überhaupt bloß auf die Testamentsform gehe, in Ansehung des Inhalts aber dem Soldaten sein früheres Recht, er möge sich aufhalten, wo er wolle, geblieben sei.

Einige behaupten dies und machen dafür geltend, daß das Privilegium mit der Rechtsunerfahrenheit der Soldaten in Verbindung gebracht werde, welche aber bei ihnen im Feldlager ebenso wie in der Garnison vorhanden sei. Sodann sei in pr. Inst. 2, 11 ausdrücklich nur von äußeren Testamentsformen, welche den in expeditione befindlichen Soldaten erlassen seien, die Rede.

Hommel, diss. de exigua differ. inter test. milit. et pagani §. 23.
Madihn, Abh.: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig S. 23.

Andere meinen, daß das Privilegium sich auch auf den Inhalt beziehe, wie schon daraus hervorgehe, daß nach §. 6 Inst. 2, 13 ein Soldat, welcher in expeditione occupatus testire, nicht nöthig habe, seine Kinder zu enterben. Vergl. auch die Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 2 *).

Höpfner, Instit. §. 453 a. E.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 46.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 801.

*) Die Notariatsordnung §. 2 cit. verordnet: von Rittern, die zu Feld, und doch nicht zu Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween. Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solennität und Form, wie sie wollen. Jedoch die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Feld liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen.

III.

Die Notariatsordnung unterscheidet drei Fälle von Soldatentestamenten (s. Not. zu Contr. 2), und neu ist darunter die Bestimmung, daß der Soldat, welcher im Felde, aber nicht in der Schlacht begriffen sei, vor mindestens zwei Zeugen das Testament errichten müsse.

Streitig ist dabei, auf welche Personen die Bezeichnung „Ritter" zu beziehen sei.

Einige meinen, da die Notariatsordnung nur von eigentlichen Rittern spreche, so sei das heutzutage geltende römische Recht für die zum stehenden Heere gehörigen Soldaten unverändert geblieben.

Madihn, Abh.: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig S. 21.

Andere wollen die Beschränkung der Notariatsordnung nur auf Officiere beziehen.

Roßhirt, Erbrecht S. 509. Nr. 2.

Andere beziehen die Notariatsordnung auf Soldaten überhaupt; denn der Gesetzgeber habe diesen Ausdruck deshalb gebraucht, weil die Ritter vorzugsweise als der Kern des Heeres betrachtet seien, welches sich erst kurz vor Maximilian I. und unter demselben nach und nach durch die Schweizerkriege geändert habe, seit welchen allmälig das Fußvolk der Kern des Heeres geworden sei.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 801.
Hänel, diss. I. de test. milit. §. 13.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 47.
Höpfner, Instit. §. 453. Not. 5.

Andere schließen sich dieser Ansicht an, auch aus dem Grunde, weil die lateinische Uebersetzung der Notariatsordnung für das Wort „Ritter“ schlechthin milites gebrauche.

Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 1.

IV.

Zwei Pandektenstellen, L. ult. de test. milit. 29, 1 und L. un. pr. de honor. poss. et test. milit. 37, 13, dehnen das Privilegium der Soldaten auch auf Nichtsoldaten aus, jedoch unterscheidet sich das Testament dieser Nichtsoldaten von dem des wirklichen Soldaten darin, daß ihr Testament nur dann gilt, wenn sie sich in Feindesland befinden und hier umkommen. Streitig ist dabei, welche Personen eigentlich dieses Privilegium haben.

Einige meinen, dieses Privilegium stehe den zur Bedienung der Armee gehörenden Personen zu,

Thibaut, System §. 842.

oder Personen, welche zum Heere gehören, aber Nichtkrieger sind.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 481.
Schweppe, röm. P.-R. §. 784.
Höpfner, Institut. §. 456.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 584.
Hänel, diss. II. de test. milit. §. 4.

Andere meinen, bei der Allgemeinheit des Gegensatzes in den Gesetzesstellen: omnes igitur omnino, qui sunt ejus conditionis, ut jure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, et ibi decedant etc., müsse jede Beschränkung auf gewisse bei dem Heere beschäftigte Personen als nicht gerechtfertigt zurückgewiesen werden. Vielmehr müßten auch diejenigen des Privilegs theilhaftig werden, welche auf bloßen Vorwitz und nicht etwa bloß durch ihren Beruf ins Gefecht geführt würden.

Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 7.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 56

V.

Streitig ist, ob das Privilegium der in hostico testirenden Nichtsoldaten bloß auf die Form, oder auch, wie bei Soldaten, auf die sonstigen materiellen Erfordernisse eines rechtsgiltigen Testaments sich beziehe.

Einige meinen, der allgemeine Ausdruck des Gesetzes: quomodo velint et quomodo possint, testabuntur, spreche dafür, daß das Privilegium auch auf die sonstigen Erfordernisse eines rechtsgiltigen Testaments sich erstrecken müsse, mithin das militärische Testamentsprivileg hier vollständig zur Anwendung komme.

Harprecht, de test. pagani in hostico condito §. 47.
Braun, Dictate zu §. 705.
Thibaut, System §. 842.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 481.
Höpfner, Institut. §. 456.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 804.

Andere meinen, der allgemeine Ausdruck in den Gesetzen beziehe sich nur auf die berechtigten Subjecte, und die Worte: quomodo velint et possint, testabuntur bezöge sich nur auf die äußere Form. Für diese Restriction sprächen sowohl innere Gründe, als auch die allgemeinen Interpretationsregeln. Bei jura singularia sei stets die Wortbedeutung anzunehmen, welche sich am wenigsten von dem jure communi entferne. Nur willkürliche und sprachwidrige Einschränkungen dürfe der Interpret sich nicht erlauben; dies geschehe aber nicht, wenn man die Aeußerung: wie sie eben können und wollen, auf die formellen Erfordernisse beziehe. Deshalb müsse man sich für die Beschränkung des Privilegs erklären.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 57.
Hommel, diss. de exigua differ. inter test. milit. et pag. §. 23 sq.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 7

VI.

Während nach römischem Rechte für die in expeditione occupati milites bei schriftlichen Testamenten keine Formalitäten, insbesondere auch keine Zeugen verlangt werden, erfordert die Notariatsordnung, daß der nicht in Uebung des Streits befindliche Soldat vor zwei Zeugen testiren müsse. Auch nimmt man an, daß dieselben die Eigenschaft von Testamentszeugen haben müssen.

Streitig ist aber, ob gleichzeitige Gegenwart und Unterschrift dieser Zeugen erforderlich sei.

Einige bejahen dies und verlangen nicht nur gleichzeitige Gegenwart der Zeugen, sondern auch gleichzeitige Unterschrift derselben, wie wenn jure communi testirt werde. Dies ergebe sich aus der ganzen Zusammenstellung des Gesetzes. Die Notariatsordnung sage nicht etwa allgemein, es sollten bei dem test. milit. zwei Zeugen unter weiter keinen Beschränkungen und Förmlichkeiten genügen, sondern sie lasse, nachdem sie vorher von regelmäßigen Testamenten und den dafür vorgeschriebenen Solennitätszeugen gehandelt hat, die Anzahl der Zeugen bis auf zwei nach. Hierdurch seien die übrigen Solennitäten stillschweigend bestätigt.

Pufendorf, obs. jur. univ. T. 1. obs. 102.

Andere meinen, es stehe dem Testamente nichts entgegen, wenn etwa die Zeugen zu verschiedenen Zeiten unterschrieben hätten, sobald nur nicht daran gezweifelt werden könne, daß der Testamentsact in Gegenwart der beiden Zeugen vorgegangen sei. Denn die Notariatsordnung schränke nur ein bereits vorhandenes Vorrecht ein, und so dürfe man bei dessen Anwendung nicht über die Grenzen hinausgehen, welche für die Interpretation correctorischer Gesetze gelten, vergl. L. 32 in f. C. 7, 62. Nov. 20. c. 9 mit Thibaut, logische Ausleg. des römischen Rechts §. 20.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 806.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 68

VII.

Sowie der Soldat ohne Beobachtung der regelmäßigen Form ein Testament errichten kann, so kann er ein vor seinem Eintritt in den Kriegsdienst errichtetes Testament, obgleich sich in demselben Mängel befinden, in Folge deren es nicht zu Recht bestehen kann, oder in der Folge aufhört giltig zu sein, durch Anerkennung oder

Bestätigung genehmigen, und es gilt dann solches Testament.

Streitig ist aber, ob diese Anerkennung ausdrücklich erfolgen müsse, oder auch stillschweigend erfolgen könne.

Einige meinen, gestützt auf L. 15. §. 8 D. de test. milit. 29, 1, die Anerkennung brauche nur stillschweigend zu erfolgen; denn wenn auch einige Stellen, namentlich L. 20. §. 1 D. eod., dieser Ansicht entgegenständen, so müsse doch die L. 15 cit. theils als die mildere Ansicht, theils als das neuere Gesetz den Vorzug verdienen.

Baldninus ad regul. Caton. in der jurispr. Rom. T. I. p. 430.
Otto ad §. 4 Inst. de milit. test.

Andere meinen, es werde erfordert, daß der Soldat seine Anerkennung deutlich und bestimmt, sei es durch Handlungen oder Worte, an den Tag gelegt haben müsse, sonst werde das Testament nach den gemeinrechtlichen Erfordernissen beurtheilt. Die L. 15. §. 8 cit. stehe auch mit den vielfach anderweit ausgesprochenen entgegenstehenden Gesetzen eigentlich nicht in Widerspruch; denn die Aeußerung daselbst: testamentum — jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, sei eine bestimmte, welche keineswegs den Gedanken positiv ausdrücke: das Testament gilt als militärisches, wenn nicht der Soldat das Gegentheil erklärt, sondern nur den: es hängt von dem Willen des Testators ab, ob es als militärisches gelten soll oder nicht. Dies könne aber ebensogut auf die Nothwendigkeit einer bloßen Anerkennungshandlung, als auf ein bloßes Stillschweigen bezogen werden, mithin sei der unbestimmte Ausdruck aus den bestimmteren der übrigen Stellen zu erklären und zu ergänzen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 72 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 807.

VIII.

Den Soldaten ist gestattet, auch Erbunfähige zu Erben einzusetzen oder ihnen Vermächtnisse zuzuwenden, wenn die Honorirten nur zur Zeit des Anfalls erbfähig sind.

Streitig ist, ob diese Bestimmung auch in Bezug auf mulieres probrosae (Huren) und die mit den Soldaten in unzüchtiger Verbindung lebenden Weiber gelte.

Einige verneinen dies, als heutzutage nicht mehr anwendbar.

Müller ad Leyser. obs. 579.

Andere vertheidigen die Anwendbarkeit des Satzes auch für unser heutiges Recht.

Eisenhart, pr. de usu hodierno L. 41. §. 1 D. de test. milit. p. 201.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42 S. 75. Bd. 39. S. 270 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 807.

IX.

Der Soldat braucht seine Notherben nicht zu berücksichtigen und sein Testament kann wegen Präterition eines Notherben nicht angefochten werden.

Streitig ist aber, ob die Kinder eines Soldaten dennoch den Pflichttheil fordern können.

Dies behauptet und gestattet den pflichttheilsberechtigten Kindern des Soldaten deshalb eine condictio ex lege

Westenberg, tract. de port. legit. cap. 2. §. 29.

Andere bezweifeln die Richtigkeit dieser Ansicht.

Höpfner, Institut. §. 484. Not. 1.

X.

Streitig ist, ob das jus accrescendi durch die Intestaterbfolge bei militärischen Testamenten ausgeschlossen werde.

Einige stellen als Regel auf: wenn der testirende Soldat ausdrücklich nur über eine einzelne Sache oder über einen aliquoten Theil seines Vermögens testirt habe, so müsse der Rest desselben, so lange nicht feststehe, daß der Testator sich jener Quoten nur als eines ungeschickten Ausdrucks, mit dem er seinen ganzen Nachlaß habe umfassen wollen, bedient habe (L. 3 C. de test. milit. 6, 21), an die Intestaterben fallen, und könne den eingesetzten Erben nicht accresciren, L. 6 D. 29, 1. L. 2 C. eod. Succedire alsdann einer der Intestaterben nicht, so müßten für die übrigen Intestaterben die gewöhnlichen Grundsätze über Accrescenzrecht eintreten, und die Portionen des Testamentserben vermehrten sich nicht. Wenn Einer der Testamentserben ausfalle, so sei dessen Portion im Zweifel den Intestaterben, und nur wenn die gegentheilige Absicht des Testators deutlich erhelle, den übrigen im Testament Berufenen zuzuweisen. Habe der testirende Soldat zu seinen castrensischen und nicht castrensischen Gütern oder sonst zu getrennten Abtheilungen seines Vermögens verschiedene Erben berufen (L. 25. §. 1 D. 10. 2. L. 78 D. 28, 5. L. 19. §. 2 D. 49, 17), so würde, sobald sich mit Bestimmtheit ergebe, daß der Geblasser die Intestaterben habe ganz ausschließen wollen (L. 1 C. de test. milit.), das Accrescenzrecht zunächst unter den in solcher Weise Zusammenberufenen, dann aber auch unter den sich Gegenüberstehenden, und zwar mit Rechtsnothwendigkeit wie bei dem paganus, eintreten, L. 17. §. 1 D. de test. milit. Wenn endlich im Soldatentestamente das ganze Vermögen ordnungsmäßig und nach Quoten vertheilt sei, so würden durch den Ausfall eines der berufenen Erben im Zweifel, unter Ausschließung des Accrescenzrechts, die Intestaterben berufen, L. 37 D. de test. milit.; nur der Beweis eines den Letzteren bestimmt entgegenstehenden Willens des Testators lasse das Anwachsungsrecht, und alsdann völlig nach den gemeinrechtlichen Principien zu.

Witte im Rechtslexikon Bd. 1. S. 295.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 809.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 91.
Thibaut, System §. 843.
Schweppe, röm. P.-R. §. 784. S. 37. Not. 6.

Andere meinen, im Zweifel solle stets das Anwachsungsrecht eintreten. Man beruft sich auf L. 1 C. de test. milit., wo zu Anfang die Regel aufgestellt werde, daß die Intestaterben dem testamentarischen Erben zwar vorgehen sollen, allein, daß dabei der Beweis er-

forbert werde, daß der Testirer das Anwachsungsrecht habe ausschließen wollen. Die entgegenstehende L. 37 D. 29, 1 sei so zu erklären, daß dabei der Umstand supplirt werden müsse, daß der Testator den ausschlagenden Erben auf die castrensia bona eingesetzt habe; diese seien gegen die bonor. poss. des Patrons privilegirt gewesen (L. 3. §. 6 D. de bon. libert. 38, 2), und darum solle nur in diesem speciellen Falle die Vermuthung für das Recht der Intestaterben und gegen das jus accrescendi sprechen.

Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben §. 19. S. 155.

Siehe die Widerlegung dieser Ansicht bei
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 88. Not. 26.

Testamentum mysticum, s. testamentum nuncupativum c. 1.

Testamentum nuncupativum.

Nettelbladt, diss. de testam. nuncupativo in scripturam redacto.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 1—32.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 791.

I.

Streitig ist, ob eine sogenannte mystische Erbeinsetzung auch bei einem mündlichen Testamente geschehen kann.

Einige bejahen dies; denn so wie die Gesetze bei einem schriftlichen Testamente die Bezeichnung der Person des Erben durch Verweisung auf eine bestimmte Urkunde oder Codicill erlaubten, L. 10 pr. D. de condit. instit. 28, 7, so müsse solches auch bei dem mündlichen Testamente zulässig sein. Wenn nun auch der Name testamentum nuncupativum mysticum in den Gesetzen nicht vorkomme, so sei dasselbe der Sache nach dem römischen Rechte nicht fremd, L. 25 D. de rebus dubiis 34. 5. Die Rechtsanalogie sei diesem auch nicht zuwider, und danach müsse es gleichbedeutend sein, ob Jemand mit Namen genannt, oder mit dem Finger auf ihn gezeigt, oder ob er auf sonstige kenntliche Weise bezeichnet sei, L. 9. §. 8. L. 58 D. de hered. inst. L. 34 de condit. et demonstr.

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 38. §. 43.
Cocceji, jus civ. contr. 28. 1. qu. 15.
Leyser, med. sp. 351. m. 9.
Westphal, von Testam. §. 206.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 455.
Schweppe, röm. P.-R. §. 816.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 975.
Thibaut, System §. 832.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1269.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 3. S. 919.
Hommel, Rhapsod. obs. 448.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 612.
und die bei Glück, Pand. Bd. 35. S. 14. Not. 18 alleg. älteren Rechtslehrer.

Andere meinen, die Frage sei zu verneinen; nicht nur die L. 21 pr. qui test. fac. poss. 28, 1. L. 29 C. de test. 6, 23 bestimmten das sondern auch die Notar.-Ord. Tit. 2. §. 28. Auch sei in den Gesetzen stets nur die Erlaubniß, die Benennung des Erben auf eine schriftliche Urkunde zu verweisen, bei schriftlichen Testamenten gestattet. Der Schluß, den man von schriftlichen Testamenten auf mündliche mache, sei unzulässig bei dem klaren Buchstaben des Gesetzes.

Ant. Faber, de err. Pragm. P. III. dec. 59. err. 4.
Voet, Comm. ad P. 28. 1. §. 11.
Stryk, de cautel. testam. cap. 15. §. 25.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 4. not. 5.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1125.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 5. Med. 309
Weber, Erläut. der Pand. §. 1443.
Glück, Pand. Bd. 35. S. 13 f. und die S. 21. Not. 30 alleg. Schriftsteller.

Präjudiz 1.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Zu einer dispositio mystica oder implicita genügt es zwar nicht, daß der Testirer nur, unter Anwendung der Testaments-, resp. Codicillarform, allgemein erklärt, es sei sein letzter Wille, oder es solle das nach seinem Tode hinsichtlich seines Nachlasses eintreten, was er auf einem andern formlosen Zettel, der sich in seinem Nachlasse finden werde, angeordnet habe oder anordnen werde, — so daß sich der Testirer neben jener allgemeinen Erklärung jegliche weitere Ausführung seines letzten Willens in einer andern formlosen Disposition vorbehalten dürfte; vielmehr wird zu einer solchen Disposition wesentlich vorausgesetzt, daß der Testirer die in Frage stehenden Verfügungen an sich — die Erbeseinsetzungen oder Vermächtnisse u. s. w. — bereits in dem Testamente, resp. Codicille, getroffen und sich nur zur näheren Bezeichnung der honorirten Personen oder ihrer Erbtheile auf die andere formlose Disposition bezogen hat.

fr. 77 de hered. instit. 28, 5.
fr. 10 pr. de condit. instit. 28, 7.
fr. 36 de hered. instit. 28, 5.
fr. 18 de usu et usufructu legato 33, 2.
fr. 38 de condit. et demonst. 35, 1.
fr. 12 de bon. poss. 37, 11.

Den Grund des Rechtsbestandes der sogenannten mystischen Dispositionen haben die Quellen selbst klar ausgesprochen. Obgleich die Erbeseinsetzung nur in einem Testamente giltig angeordnet werden kann, so ist doch auch eine mystische Erbeseinsetzung zulässig, weil die Anordnung der Erbeseinsetzung auch bei ihr in dem Testamente selbst geschieht, die hereditas auch bei ihr in diesem verliehen, und nur zu der Bezeichnung — demonstratio — der Person des dort eingesetzten Erben oder des ihm zugewendeten Erbtheils auf den andern formlosen Aufsatz Bezug genommen wird.

fr. 36. 77 de hered. instit. 28, 5.
fr. 10 pr. de cond. instit. 28, 7.

Dasselbe ist der Grund des Rechtsbestands der mystischen Legate. Obgleich im älteren Rechte auch die Legate, wie alle directen letztwilligen Anordnungen — nur in einem Testamente errichtet werden konnten, so waren doch von Alters her auch mystische Legate statthaft gewesen, weil auch bei ihnen die datio legati in dem Testamente selbst enthalten war, und der Bezug auf die formlose Scriptur nur zur demonstratio der Person des in dem erstern ernannten Legatars oder der ihm zugewendeten quantitas diente.

fr. 38 de condit. et demonst. 35, 1.

Es ist mithin derselbe Grund, nach welchem es gestattet war, auch andere Dunkelheiten der directen Zuwendungen — Erbeseinsetzungen, Legate u. s. w. — aus irgend einer formlosen Erklärung des Testirers aufzuklären und dadurch den Beweis seiner Absicht zu führen. Auch hier heißt es mit Recht von dem Testirer, daß er in der bloßen erläuternden Erklärung nichts gebe, sondern nur das bereits in dem Testamente Gegebene näher bezeichne — „nihil enim nunc dat, sed datum significat."

fr. 21. §. 1 qui testamenta facere 28, 1.
fr. 25 de rebus dubiis 34, 5.

Als es in der spätern Zeit gestattet wurde, alle directen Zuwendungen, außer der Erbeseinsetzung, auch in codicillis testamento confirmatis anzuordnen, weil diese insoweit als pars testamenti aufgefaßt wurden, konnte die Bezeichnung der Er-

gatare oder ihrer quantitas, für die im Testamente angeordneten Legate, umsoweniger Bedenken haben. Daß aber die mystischen Erbeseinsetzungen bestanden, obgleich es nie dahin gekommen ist, daß ein codicillus testamento confirmatus auch hinsichtlich der heredis institutio als pars testamenti aufgefaßt worden wäre,

fr. 2. §. 4. fr. 10 de jure codic. 29, 7.

zeigt hinreichend, daß der Grund des Bestandes der mystischen Anordnungen unabhängig war von der späteren Begründung des Rechtsbestandes der in den confirmirten Codicillen getroffenen directen Anordnungen. Während diese in dem Codicille vorgeschrieben werden — codicillis data — und bestehen, weil das Codicill in dem Testamente confirmirt ist, besteht die mystische Zuwendung, weil sie in dem Testamente angeordnet — testamento data — und nur in dem andern Aufsatze erläutert, daher von jeglicher Form unabhängig ist.

Nach den vorstehenden Gesichtspunkten kann es endlich auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Anordnung mystischer Legate und Fideicommisse auch noch im neuesten römischen Recht angegebenermaßen fortbesteht, ohne daß die Formlosigkeit der erläuternden Zettel durch die Bestimmungen der

C. 8. §. 3 de codic. 6, 36.
C. 28 in f. de testamentis 6, 23
Notar.-Ordn. von 1512. Tit. von Testamenten §. 2.

alterirt worden wäre. Die in diesen Gesetzen vorgeschriebene Codicillarform bezieht sich nur auf solche Codicille, in welchen eine letzwillige Anordnung — ultima voluntas — außer der Erbeseinsetzung errichtet wird, d. h. auf die jetzt sogenannten Codicille im engeren und eigentlichen Sinne, nicht auf die bloßen Erläuterungen der bereits in dem Testamente oder einem solchen Codicille errichteten Vermächtnisse. . .

Erk. des OAG. zu Rostock vom 21. Sept. 1848
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 55.

II.

Streitig ist, ob ein solennes Privattestament noch als ein mündliches gilt, wenn es als ein schriftliches ungiltig ist.

Einige meinen, ein schriftliches Testament gelte immer schon ipso jure als ein mündliches, wenn nur die Erfordernisse des letzteren zuträfen, und der Testator nicht ausdrücklich erklärt habe, daß er schriftlich testiren wolle. Denn es enthalte keinen Widerspruch, wenn derselbe Testator den Zeugen seinen letzten Willen sowohl mündlich erkläre, als auch denselben, in einen schriftlichen Aufsatz gebracht, vorlege, nachdem er ihn selbst in ihrem Beisein unterschrieben habe. Könne nun das Testament wegen eines Formfehlers als ein schriftliches nicht bestehen, seien aber alle Erfordernisse eines mündlichen Testaments vorhanden, so bedürfe es einer Clausel irgend einer Art nicht weiter, vielmehr gelte das Testament ipso jure als ein mündliches. Die Verbindung beider Formen von Seiten des Testators könne immer nur den Zweck haben, daß das Testament wenigstens in einer von beiden, nämlich in der Form gelten solle, in welcher es den Rechten nach bestehen könne, wenn dieses auch nicht vom Testator ausdrücklich erklärt sein sollte.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 29 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 796.

Andere meinen, es werde freilich an der Natur eines mündlichen Testaments nichts geändert, wenn über den Act eine Schrift aufgenommen werde; wenn aber einmal ein schriftliches Privattestament vorliege, so komme Alles darauf an, was der Testator gewollt, wie er zu testiren beabsichtigt habe. Wollte er nämlich schriftlich testiren, so dürfe man über den Willen des Testators nicht hinausgehen. Die Gesetze hätten so mannigfache und leichte Formen gegeben, daß der Wille in einer so wichtigen Angelegenheit, wie die Testamentserrichtung sei, einen genugsam freien Spielraum finde, wenn der Testator ihn wirklich habe; aber nichts berechtige, wenn der Testator eine bestimmte Form zu testiren gewählt habe, zu der Annahme, daß, falls diese Form nicht dazu ausreiche, der letzte Wille dennoch lediglich vermöge des zufälligen Vorhandenseins der Merkmale einer anderen Form giltig sei, in welcher Form der Testator doch wirklich nicht habe testiren wollen.

Aus diesen Gründen müsse angenommen werden, daß, wenn Jemand einfach ein schriftliches Testament gemacht, namentlich in der Art, daß es schriftlich vor Zeugen errichtet, dictirt oder verlesen worden, und die Zeugen aus des Testators Munde seinen letzten Willen dabei vernommen haben, ohne daß der Testator eine Clausel hinzugefügt, z. B., „wenn das Testament nicht als schriftliches gelten solle, so solle es wenigstens als mündliches gelten,“ oder „wie es de jure am besten gelten könne, wirksam sein“ — alsdann habe der Testator schriftlich und nicht anders testiren wollen, und fehle alsdann eine Solennität zum schriftlichen Testamente, so könne das zufällige Vorhandensein der Erfordernisse eines mündlichen Testaments das schriftliche nicht als mündliches aufrecht erhalten.

Sintenis, Civilr. §. 169. Not. 17.

Präjudiz 1.

Erscheint es im gegebenen Falle zweifelhaft, ob ein vorliegendes Privattestament als ein schriftliches oder mündliches zu beurtheilen sei, so muß die Absicht des Testirers berücksichtigt, und, wo diese nicht mit Bestimmtheit vorliegt, unterstellt werden, daß diese Absicht auf diejenige Form, nach welcher die Aufrechthaltung seines Willens den wenigsten Schwierigkeiten unterliegt, gerichtet gewesen sei. Da bei dem mündlichen Testamente im Ganzen weniger Förmlichkeiten zu wahren sind, als bei dem schriftlichen, so muß sich die Beurtheilung für das mündliche bestimmen, wenn nicht wegen besonderer Umstände die Annahme der Existenz eines schriftlichen Testaments eher zur Aufrechthaltung des letzten Willens führte. Wie die nachträgliche Errichtung eines Aufsatzes über den Testamentsact diesen nicht zu einem schriftlichen macht, so wird auch hiebei so wenig durch den Umstand, daß außer den Zeugen der Testator selbst die Urkunde unterschrieben hat — auch wenn in der letzteren die Erklärung vorkommen sollte daß der am Schlusse dieses Acts Unterschriebene gesonnen sei, eine letztwillige Verfügung zu treffen, — als durch die weitere Thatsache ein Unterschied herbeigeführt, daß etwa der Testirer zur Abfassung der Urkunde einen Dritten berufen hat. In dem einen wie in dem andern Falle bleibt vielmehr die Eigenschaft des Testaments als eines mündlich errichteten unverändert. Das Vorhandensein eines solchen erhält aber dadurch noch eine weitere Bestärkung, wenn der Testirer den Aufsatz, dessen Eigenschaft bestritten wird, den Testamentszeugen zum Zwecke der Unterzeichnung und Untersiegelung nicht vorgelegt hat.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 8. April 1843.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 95. sub 7.

Präjudiz 2.

Ein Testator hat mit der Erklärung vor den sieben rogirten Zeugen: „er wolle seinen letzten Willen schriftlich zu erkennen geben,“ — ein schriftliches Testament errichtet, jedoch unter Beobachtung aller Formen des mündlichen Testaments. Da sich nun in der schriftlichen Errichtung ein Mangel fand, so fragte sich, ob das Testament unter diesen Umständen als mündliches bestehen könne? Diese von manchen älteren Schrift-

stellern verneinte Frage*) wird von vielen andern, besonders von Mühlenbruch**) bejaht. Der Letztere sagt darüber: Das Testament gelte unter solchen Umständen stets als mündliches, wenn nur der Testator nicht ausdrücklich erklärt habe, daß dasselbe nur als schriftliches Testament gelten solle. Denn im Zweifel müsse immer vermuthet werden, der Testator habe in der Form testiren wollen, in welcher sein Testament bestehen könne. Diese Ansicht wurde adoptirt in einem

Erk. des OAG. zu Oldenburg vom Jahre 1838 und 1852.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 199.

*) Vgl. Glück-Mühlenbruch, Comment. Bd. 35. S. 29. Not. 51.
**) Daselbst S. 29—32.

III.

Streitig ist, ob, wenn ein mündliches Testament, des künftigen Beweises wegen, schriftlich aufgesetzt ist, diese Urkunde als vollständiges Beweismittel gelte.

Einige meinen, nach Vorschrift der Notar.-Ordn. Tit. von Testam. §. 5 müsse in der Schrift aufgezeichnet werden, was bei der Testamentshandlung vorgegangen sei, und dieses müsse vor dem Testator und den Zeugen, ehe diese von einander scheiden, vorgelesen werden. Wenn nun auch die Notar.-Ordn. hauptsächlich den Fall beabsichtigt haben sollte, wenn bei Errichtung des Testaments ein Notar zugezogen sei, so sei es doch auch außer Zweifel, daß, wenn der Testator seinen mündlich erklärten letzten Willen selbst zu Papier gebracht habe, und es gewiß sei, daß die zum Beweise vorgebrachte Schrift, welche der Testator für seine eigene vor den Zeugen erklärt hat, wirklich eben dieselbe sei, oder wenn die Zeugen bei Lebzeiten des Testators in perpetuam rei memoriam vernommen, und ihre Aussagen in eine öffentliche Urkunde aufgenommen seien,

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1270.
Haubold ad Bergerum lib. 2. tit. 4. th. 3. not. *. p. 367.
Linde, Civilproceß §. 247.
Heffter, Institut. §. 526.

oder wenn die Zeugen selbst aus eigenem Antriebe über den ihnen mündlich erklärten letzten Willen des Testators eine Urkunde verfertigt und diese unterschrieben haben sollten, diese Urkunde, vorbehaltlich des Gegenbeweises, für beweisfähig zu halten sei.

Seuffert, Erläuterungen zum Erbrecht S. 15. lit. c.
Mühlenbruch in Glück's Band Bd. 35. S. 7.
Schweppe, röm. P.-R. §. 804.
Thibaut, System §. 891.
Göschen, Civilrecht Bd. 3. S. 171.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 219.

Andere meinen, für das mündlich ausgesprochene Testament fehle es, sobald die Worte gesprochen, an einem Zeichen seines Existentgewordenseins. Das einzige Mittel der Vergewisserung darüber sei die übereinstimmende Aussage und also die Abhörung aller der Zeugen, vor welchen dies nur geschehen sein könne. Werde nun für den Kläger Beweis erforderlich, so könne eine schriftliche Urkunde beweiskräftig sein. Hierzu sei aber erforderlich a) eine etwa aufgenommene förmliche Notariatsurkunde, b) eine förmliche, — nach Art der zum ewigen Gedächtnisse geführten Beweise aufgenommene — Urkunde, welche die Aussage der sämmtlichen Zeugen enthalten müsse. Hiermit sei aber auch die Möglichkeit der Beweisführung abgeschlossen. Unzulässig sei es, „daß, wenn der Testator seinen mündlich erklärten letzten Willen selbst zu Papier gebracht habe, und es gewiß sei, daß die zum Beweise vorgebrachte Schrift wirklich dieselbe sei, die er vor den Zeugen für seine eigene anerkannte — oder wenn die Zeugen selbst aus eigenem Antriebe über den ihnen mündlich erklärten letzten Willen eine Urkunde verfertigt und diese unterschrieben haben, auch diese Urkunden statthafte Beweismittel seien.“ Der erste Fall lasse sich etwa so denken, daß z. B. zwei Zeugen, welche zufällig anwesend gewesen, nachmals diese Thatsache bezeugten; hierbei sei aber übersehen, daß ja eben die Erhebung derselben zur Eigenschaft eines Testaments, und daß in dieser Schrift ein solches habe enthalten sein sollen, immer nur durch die Depositionen der sieben Zeugen möglich sei. — Eine von den Zeugen aufgesetzte Urkunde würde allerdings als Ausdruck ihrer Aussagen in Betracht fallen, indessen dann wiederum deren Glaubwürdigkeit und Beweiskraft zuvörderst in Frage stehen. Sei sie aber nicht in der vorgedachten Form aufgenommen, sondern ein bloßer Privataufsatz geblieben, so könne einer solchen, wäre es selbst möglich, die Unterschriften durch andere Zeugen zu beweisen, ja, wäre dies selbst nur bezüglich eines einzigen, z. B. verstorbenen Testamentszeugen nöthig, während die sechs andern noch lebten, dennoch keine glaubhafte Form beigelegt werden, indem nur testibus, non testimoniis, credendum est, ein Aufsatz der Art aber nichts weiter, als ein schriftliches Privatzeugniß sein würde. Es sei daher selbst gleichgültig, wenn die Aechtheit des Aufsatzes gar nicht bezweifelt werde.

Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 8.

Siehe Privattestamente, deren Beweis, Controv. 2 Präj. 2.

IV.

Streitig ist, ob man andere Zeugen substituiren könne, wenn einige der bei der mündlichen Testamentserrichtung zugezogenen Zeugen weggefallen sind.

Einige meinen, man könne in diesem Falle andere Zeugen, welche zufällig bei der Testamentserrichtung gegenwärtig waren, substituiren.

Thibaut, System Aufl. 7. §. 740.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 28. 1. §. 75.
Mevius, dec. P. 4. dec. 13.
Schweppe, röm. P.-R. §. 804.

Andere meinen, es sei nicht zu rechtfertigen, wenn man statt der weggefallenen Testamentszeugen andere, die dieses nicht waren, zulasse, L. 21. §. 2 D. de test. 28, 1. Denn Begünstigung verdienten mündliche Testamente gewiß nicht. Andere Zeugen, als solche, die bei der Errichtung des Testaments zum Zeugniß besonders aufgefordert wären, seien ganz ungiltig, Reichs-Absch. von 1512. Tit. von Testamenten. Hiernach beruht auf der eidlichen Aussage der Testamentszeugen allein die Kraft und Giltigkeit der mündlichen Testamente.

Harprecht, diss. de eo, quod justum est circa probationem tabulis testamenti amissis sect. 3 §. 14.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 507.
Dabelow, deutsch. P.-R. §. 1061.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 219.
Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 8.

V.

Streitig ist, durch welche Beweismittel die Existenz und der Inhalt eines mündlichen Testaments zu beweisen sei.

Einige meinen, es seien zwar zur Feierlichkeit der Errichtung eines solchen Testaments sieben Zeugen nöthig, der Beweis der Existenz desselben werde aber durch zwei Zeugen geführt. Die Consequenz bringe es dann auch mit sich, daß es nicht darauf ankomme, ob diese Beweiszeugen auch Testamentszeugen waren, es verstehe sich aber von selbst, daß auch kein Gegenbeweis durch widersprechende Aussagen anderer Zeugen vorliegen dürfe. Die Gründe für diese Ansicht beruhen auf den Regeln des Processes, wonach zum Beweise zwei Zeugen genügten. Nur der Abhörung von soviel Zeugen bedürfe es, daß der Richter eine Gewißheit über die Existenz und den Inhalt des mündlichen Testaments erhalte, also nur zweier Zeugen. Denn so wie die Richtigkeit der sämmtlichen Unterschriften eines schriftlichen Testaments, ja sogar der Inhalt einer solchen verlorenen Urkunde durch zwei Zeugen, ja überhaupt auf jede andere Weise bewiesen werden könnte, so müßte es auch bei dem mündlichen Testamente gehalten werden. Auch lasse sich die von den Gegnern aufgeführte L. 32 C. de fideicomm. so interpretiren: daß die Gesetze nur hauptsächlich aus Besorgniß, daß zwei Personen eher und leichter als sieben vor dem Testator mit Tode abgehen möchten (ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum), sämmtliche sieben Zeugen mit einer gleichmäßigen anschauenden, zur Verbreitung der Wahrheit nach dem Tode des Testators diensamen Wissenschaft und Kenntniß von dem, was bei der ersten Errichtung des Testaments geschehen, deshalb ausgerüstet wissen wollen, damit es für die Zukunft auf den möglichen Fall des Absterbens eines oder des andern aus ihnen an zwei Personen nicht ganz fehlen möge, welche das Dasein und den Inhalt des zu beweisenden mündlichen Testaments gleich vollkommen bekunden können. Ein fernerer Beweis sei die L. 12 D. de testib.

Walch, iotrod. io controv. jur. sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 14. p. 305.
Weber, Erläut. der Pand. §. 1413.
Seuffert, Erläuterungen zu der Lehre vom Erbrecht Nr. 7b. S. 9.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 65.
Stryk, de cautels test. cap. 15. §. 43.
Pofendorf, obs. T. I. obs. 141.
Berger, oecoo. jur. lib. 2. tit. 4. th. 3. ool. 5.
Leyser, spec. 355. med. 4. sp. 388. med. 4.
Quistorp, Beiträge Nr. 16.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1413 u. 1417.
Semler im Archiv für Rechtsgel. von Hagemann und Günther Nr. 5. §. 3. S. 88.

Für diese Ansicht wird auch der Gerichtsgebrauch behauptet.

Hagemann und Günther, Archiv Bd. 2. S. 88.

Andere halten zwei Zeugen nur dann für zulänglich, wenn deren mehre nicht mehr am Leben sind.

Schweppe, röm. P.-R. §. 804.

Andere halten sogar auch Eidesdelation für zulässig.

Ueiolio, diss. de licits jurisjur. jud. delat. 1739
Quistorp, Beiträge S. 232.

Hiergegen erklären sich
Glück, Pand. Bd. 7. S. 508.
Dabelow, Handb. des röm. P.-R. §. 1061.
Semler im Archiv für theor. und prakt. Rechtsgel. Bd. 2. S. 87.

Siehe übrigens hierüber
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 639.

Andere meinen, alle Testamentszeugen, deren man habhaft werden könne, müßten vernommen werden, im Nothfalle aber sei die übereinstimmende Aussage von zwei Zeugen genügend.

Göschen, Civilrecht Bd. 3. S. 120.

Andere meinen, das Gesetz fordere zur Errichtung des Testaments viele Zeugen, damit nach dem Tode des Erblassers durch diese vielen Zeugen ein glaubhafter Beweis geführt werden könne, und damit man dem Erblasser kein falsches Testament andichte. Bei Annahme der gegnerischen Ansicht werde der Zweck der gesetzlichen Vorschrift ganz vereitelt werden können. Aber auch die Gesetze selbst gewährten sonst sprechende Argumente für die Behauptung, daß vielmehr nur durch die eidliche Aussage der „zur Errichtung erforderlichen" Anzahl von Testamentszeugen Existenz und Inhalt des mündlichen Testaments bewiesen werden könne, L. 32 C. de fideicomm. 6, 42. L. 31 C. de test. 6, 23.

Es sei deshalb die Existenz des mündlichen Testaments durch die Aussagen der sämmtlichen sieben Testamentszeugen zu erbringen. Denn daß die Testamentszeugen nicht bloß wegen der Feierlichkeit der Handlung, sondern vorzüglich des künftigen Beweises wegen erforderlich würden, folge aus L. 32 C. de fideicomm., wo Justinian ausdrücklich sage: Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas revelelur. Nun könne aber die Frage von dem Beweise des Testaments nicht eher entstehen, als wenn derjenige todt sei, den man beerben wolle. Denn so lange der Testator lebe, sei ein Streit, ob ein Testament existire, undenkbar. Es würde also eine ganz zwecklose Subtilität sein, wenn bloß zu der Zeit, wo das Testament errichtet wird, die Zeugen erforderlich wären, da bei Lebzeiten des Testators das Testament noch gar keinen Effect habe, sondern widerrufen werden könne. So wie ein schriftliches Testament von der Aechtheit der Unterschriften und Siegel der Zeugen, vor welchen es errichtet worden, abhänge und dadurch bewiesen werde, so hänge die ganze Glaubwürdigkeit des mündlichen Testaments von der eidlichen Aussage der sieben Testamentszeugen ab. Es zeige dies auch L. ult. C. de testam., wo ausdrücklich bestimmt sei: Ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem et quos heredes sibi relinquere voluerit; et hoc post mortem testatoris jurato deponant.

Harprecht, diss. de eo, quod justum est circa pro-

bationem tabulis testamenti amiss. sect. 3 §. 14.
Hofacker, princ. jur. R. §. 376 u. §. 1683.
Malblanc, princ. jur. R. §. 376.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 504 f. Bd. 34. S. 375.
Günther, princ. jur. Rom. §. 731.
Schweppe, röm. P.-R. §. 804.
Puchta, Pand. §. 516. Not. c.
Thibaut, System §. 891.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 5. S. 218.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 793.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 8.
Sintenis, Civilrecht §. 190. Not. 8.

Testamentum nuncupativum der Eltern unter Kindern, s. testamentum parentum inter liberos c. 6.

— — ob solches auch als testamentum ruri conditum bestehen könne, s. testamentum ruri conditum c. 3. 4.

Testamentum parentum inter liberos.

Stryk, diss. de jure testandi int. liber.
Schroeder, de privilegiatis parent. int. lib. dispos.
v. Bülow, Abhandlungen Bd. 1. Nr. 6. Bd. 2. Nr. 14.
Euler, de test. et divis. parent. int. lib.
Fritz, Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter ihren Kindern.
Müller, de test. par. int. lib. priv.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 151 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 837 f.

I.

Streitig ist, auf welche Descendenten sich die privilegirten Dispositionen der Eltern — also sowohl die testamenta, resp. codicilli parentum inter liberos, als auch die divis. parentum inter liberos — beziehen.

Einige meinen, alle Descendenten des Testirers, welche ihn sonst ab intestato beerben würden, gehörten hierher, mithin auch Enkelkinder, diese aber freilich nur, insofern ihnen nicht ein Näherer im Wege stehe. Dafür spräche die Bezugnahme Justinian's in Nov. 107. c. 1 auf die Gesetze Constantin's L. 1 Th. C. 2, 24. L. 26 Just. C. 3, 36, in welchen überhaupt von Descendenten die Rede sei, welche nach Civilrecht oder nach prätorischem Rechte zur Erbfolge berufen seien.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand.-R. §. 696.
Fritz, Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter ihren Kindern §. 23.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 1. S. 190.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. Bd. 2. §. 1339.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 30.
v. Rüling, Entsch. des OAG. zu Celle Nr. 97.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 171.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 842 f.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18.

Andere meinen, daß eine solche Verfügung nur für Kinder ersten Grades gelte, da Justinian in Nov. 107. c. 1 nur von filii (παῖδες) spreche, darunter aber nach Ulpian's Erklärung L. 6 D. de test. tut. 26, 4, vergl. §. fin. Inst. qui test. tut. dari pot. nur Kinder des ersten Grades zu verstehen seien.

Harprecht ad §. 3 u. 4 Inst. de testam. ordin. Nro. 104.
Martini diss. de testam. paterno minus solen. cap. 2. Nro. 4.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 30.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 11. Nr. 556.

Hiergegen wird erwidert, daß alsdann, wenn in Gesetzen oder im Edict von den Rechtsverhältnissen der Nachkommen die Rede sei, das Wort filii die Bedeutung von Descendenten beiderlei Geschlechts habe. filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri, L. 220 pr. und §. 1 D. de verb. sign.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 172.

Andere meinen, daß die privilegirte Verfügung der Eltern auch in Beziehung auf diejenigen Descendenten möglich sei, welchen ein näherer Descendent noch vorgehe. Man schließt dies aus der allgemeinen Bedeutung von filii und παῖδες in Nov. 107. c. 1, vergl. mit L. 220 pr. und §. 1 D. de verb. sign., wonach Descendenten ohne Unterschied des Grades unter filii verstanden werden sollten. Dazu komme, daß Justinian in Nov. 107 sich gerade eine Verbesserung des Gesetzes zur Aufgabe gemacht habe, und daß auch aus der L. 26 C. 3, 37 kein bestimmter Schluß gezogen werden könne, daß nämlich zwischen dem Testirer und dem honorirten Descendenten kein näherer Descendent dazwischenstehen dürfe; vielmehr sei der ganz natürliche Sinn der: nur keine persona extranea darf honorirt werden, die Descendenten aber werden ohne Unterschied gleich geachtet.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 29. 1. §. 25.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1384. Nro. 1.
Thibaut, System §. 845.
Günther, princ. jur. R. §. 781.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Haimberger, röm. P.-R. Bd. 3. §. 353. Not b.
Göschen, Vorles. Bd. 3. §. 902.
Höpfner, Institut. §. 460. Not. 1.
Walch, contr. jur. civ. p. 328.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 597.

Andere meinen, Ascendenten dürften überhaupt die privilegirte Disposition für Enkel von noch lebenden Kindern treffen, falls nur der Testirer den Kindern den Pflichttheil zukommen lasse.

Stryk, de cautels test. cap. 10. §. 7.

II.

Streitig ist, ob das Privilegium auch in Beziehung auf liberi naturales gelte.

Einige bejahen dies, wenigstens dann, wenn der Vater keine ehelichen Kinder habe, unter Berufung auf L. 4 C. 5, 20, insofern die liberi naturales zwei Zwölftheile des väterlichen Nachlasses in Anspruch nehmen dürften.

Faber, dec. 35. err. 5.
Berger, oecon. jur. lib. 1. tit. 4. §. 6. not. 2.
Carpzov, P. III. const. 4. def. 24.
Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 2. Abth. 1. S. 267.
Schröder, de privileg. par. int. lib. disp. §. 8.

Andere lassen die privilegirte Disposition des Vaters für alle und jede unehelichen Descendenten zu, falls sie nur zu Erben eingesetzt werden können, ohne Gründe für diese Ansicht weiter anzuführen.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1384. Nro. 2.

Andere verneinen die Frage, da nach L. 6 D. 1, 6 L. 75 D. 35, 1 gegen liberos naturales kein juristisches

Paternitätsverhältniß begründet werde, und das Gesetz nur die Intestaterben in absteigender Linie als natürliche Erben ihrer Eltern und heredes ex esse vor Augen habe, was die liberi naturales dadurch, daß sie den Umständen nach den sextantem erhalten können, noch keineswegs seien.

Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. S. 26.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 482.
Fritz, Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern §. 24.
Thibaut, System §. 845.
Walch, contr. jur. civ. p. 326.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 174.
Kapf, merkwürd. Civilrechtsfälle. Bd. 1. S. 101.
Gmelin, Abhandl. ob den Eltern das Recht, ein privileg. Testament zu machen rc. S. 5—7.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 596.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 843.

III.

Streitig ist, ob das Privilegium auch in Beziehung auf minus plene adoptati zustehe.

Einige verneinen dies, weil den minus plene Adoptirten ein Notherbenrecht nicht zustehe.

Frankenfeld, de discrimine nudae divis. et test. par. int. lib. §. 21.
Schröder, de privilegiatis par. int. liber. dispos. §. 8.
Eulee, de test. et divis. par. int. lib. §. 31.

Andere gestatten auch für minus plene adopt. das Privilegium, weil dieses Recht vom Notherbenrechte nirgends abhängig gemacht werde, unvollständig Adoptirte aber ebensogut ab intestato erbten, wie die vollständig Adoptirten.

Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testament. der Eltern unter Kindern §. 25.
Müller, de test. par. int. lib. priv. §. 13.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 174.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 843.

IV.

Streitig ist, ob das den Eltern ertheilte Privilegium, unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu errichten, auch den Kindern den Eltern gegenüber zustehe.

Einige bejahen dies; denn Vater und Sohn seien als personae correlativae anzusehen, und was dem Vater erlaubt sei, müsse auch dem Sohne erlaubt sein.

Clarus in sent. recept. lib. 3. qu. 12. Nro. 6.

Andere verneinen die Frage, weil sowohl die L. 21. §. 1 C. de test., als auch Nov. 107 nur von dem Testamente der Eltern unter Kindern redeten.

Carpzov, P. 3. const. 4.
Struv, exerc. 32. §. 20.
Stryk, cautela test. cap. 10. §. 8.
Gebr. Overbeck, Medit. Th. 4. Nr. 200.

V.

Soviel die bei einem test. parentum inter liberos zu beobachtende Form betrifft, so streitet man, ob nicht außer den bei einem solennen Testamente geforderten Förmlichkeiten, auch noch dasjenige zu beobachten sei, was Nov. 107. c. 1 für das testamentum parentum inter liberos fordert.

Einige bejahen dies, und nennen deshalb ein test. par. int. lib. ein Testament mit vermehrten Förmlichkeiten; insbesondere sei die Zuziehung von Zeugen auch bei diesen Testamenten erforderlich, und nur die Unterschrift und Besiegelung durch dieselben nicht nöthig, da solche von Theodosius II. in L. 21. §. 3 C. de testam. 6. 23 nachgelassen sei. Denn nirgends sei gesagt, daß dies Testament ein privilegirtes oder ein von der gewöhnlichen Form entbundenes sein solle.

Cujacius, consultation. Nro. 1.

Andere meinen, diese Ansicht sei irrig; denn letztwillige Verfügungen der Eltern, wie sie Constantin und Theodos II. vor Augen gehabt, hätten überall keiner Zeugen bedurft. Dies habe sich späterhin (L. 1 Th. C. und L. 26 Just. C. fam. hercisc.) geändert, und nur für dispositiones par. inter lib. sei es ausdrücklich anerkannt, daß, wenn auch ein Testament beabsichtigt, diese Absicht aber nicht gehörig ausgeführt sei, die Verfügung doch so gut als möglich aufrecht erhalten werden solle. Hierauf nehme nun Theodos Rücksicht in L. 21 cit., worin er die Form für alle Testamente bestimmt, und namentlich vorgeschrieben habe: bei schriftlichen Testamenten dürfe die Unterschrift und Besiegelung der Zeugen nicht fehlen, sonst sei das testam. ein imperfectum: „imperfecto autem testamento teneri voluntatem defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus.“ Dies heiße nun aber nicht etwa: „nur die Unterschriften und Besiegelungen dürfen fehlen, alles Uebrige aber muß beobachtet werden,“ denn dieses Resultat könne nur durch ein unzulässiges argumentum a contrario herausgebracht werden. Vielmehr sage der Kaiser: „imperfectum ist ein Testament schon, wenn es von den Zeugen nicht unterschrieben und besiegelt worden, ein imperfectum testamentum aber soll gelten, wenn es eine dispositio par. int. lib. ist.“ Hieraus folge, daß eine solche Disposition gelte, wenn die etwa zugezogenen Zeugen auch nicht unterschrieben, keineswegs aber daß sie nicht gelte, wenn gar keine Zeugen zugezogen seien. Auch darin, daß die Nov. von Zeugen allein nur in Beziehung auf solche testamentarische Anordnungen, welche dritte Personen betreffen, rede, liege ein Argument für die Ansicht, daß die Disposition, insoweit sie die Descendenten betrifft, keine Zeugen erfordere. Auch der Schluß der Nov. 107. c. 1, daß die Kraft des test. par. int. lib. ja hauptsächlich auf der eigenen Erklärung des Testirers beruhe, spreche für diese Ansicht.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 177.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 844.
sowie die Dissertationen von
Eulee, §. 50. Frankenfeld, S. 31 und Schröder, §. 10.

VI.

Gewöhnlich wird angenommen: ein test. par. int. lib. bedarf keiner Zuziehung von Zeugen; dagegen ist nach römischem Rechte nothwendig eine schriftliche Testamentsurkunde, sowie daß der Testirer wenigstens

diejenigen Punkte eigenhändig schreibe, in Ansehung welcher dies ausdrücklich in dem Gesetze bestimmt ist.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 178 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 845.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.

Ueber beide letztere Erfordernisse herrscht Streit.

Einige meinen, es bedürfe auch zu einem mündlichen testam. par. int. lib. keiner Form, sondern es solle genügen, wenn das Dasein und der Inhalt der Verfügung durch Zeugen bewiesen werden könne. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß ja früher schon die dispositiones par. int. lib. mündlich und ohne Form hätten errichtet werden dürfen, die Nov. 107 aber nur von dem Falle spreche, wenn der Testirer schriftlich verfügen wolle. Auch die ratio privilegii, nämlich: die Kinder seien den Anordnungen der Eltern Gehorsam schuldig, passe so gut auf mündliche wie auf schriftliche Testamente.

Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. c. 18
Frankenfeld, de discrim. nudae divis. et test. par. int. lib. §. 18.

Hiergegen wird erinnert, daß das frühere Recht nicht auf das Privilegium der Eltern, sondern auf bloße vorläufige Erbtheilungen zu beziehen sei. Als in dieser Hinsicht ein besonderes Recht für die Eltern aufgekommen, habe man schriftliche Abfassung erfordert. Ferner spreche Justinian in der Nov. 107 von Eltern, qui literarum periti inter liberos testari voluerint — hierin liege, daß, wer mündlich testiren wolle, an die gewöhnlichen Formen gebunden sei.

Faber, error. Pragm. dec. 35 err. 5. dec. 36. err. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 179.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 845.

Andere meinen, das Testament, welches ein Notar oder ein Dritter im Auftrage des Testirers aufgesetzt habe, solle als testamentum nuncupativum (in scripturam redactum) ohne eigentliche Solennitäten gelten.

Gail, obs. pract. lib. 2. obs. 112. Nro 12.

Andere nehmen zwar kein testam. nuncupativum privileg. an, halten es aber für hinreichend, daß der Testirer den von einem Andern geschriebenen Aufsatz auch nur unterschreibe. Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt: zu der Zeit, als die Nov. 107 erlassen worden, habe der Testirer das Testament entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben und zugleich die Namen der Erben eigenhändig oder durch Testamentszeugen niederschreiben lassen müssen, L. 27. L. 28 C. de test. Die Nov. 119. c. 9 erkläre es aber für hinreichend, wenn der Testirer auch nur unterschreibe (Authent. Et non observato C. de testam.), und dadurch sei die Vorschrift der Nov. 107, daß die Namen der Erben eigenhändig ausgedrückt werden müßten, implicite aufgehoben.

Stryk, diss. de jure testandi int. lib. cap. 3. Nro. 35.
Leyser, med. sp. 367. m. 4.
Pufendorf, obs. T. III. obs. 5 §. 2.

Hiergegen wird erwidert: die Besonderheiten des test. parent. int. lib., woraus die Nothwendigkeit eines schriftlichen Aufsatzes hervorgehe, beschränkten sich nicht bloß auf eigenhändiges Niederschreiben der Namen der Erben; sodann sei Justinian's Vorschrift über dies Testament jedenfalls eine auf besonderen Gründen beruhende Neuerung, wobei die Interpretationsregel: jus speciale derogat generali zur Anwendung kommen müsse.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 181
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 846.
v. Bülow, Abhandl. über einzelne Theile des röm Rechts Bd. 1. S. 196. Nr. 10.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter ihren Kindern §. 29.
Euler, de test. et division. par. int. lib. §. 12.
Müller, de test. par. int. lib. §. 17 u. 19.

Andere meinen, daß die bloße Unterschrift genügend sei.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1482.

Andere drücken sich schwankend aus, z. B.

Weroher, lect. comm. p. 698 sq.

Präjudiz 1.

1) Eine jede in Schriften erklärte letztwillige Verordnung eines Vaters, worinnen dessen Kinder zu Erben eingesetzt, die Namen derselben deutlich bezeichnet, die Erbtheile mit Buchstaben angegeben, und Jahr und Tag der Abfassung beigefügt worden, ist, wenn sie vom Vater selbst geschrieben, oder wenigstens unterschrieben ist, als ein der äußern Form nach giltiges Testament — testamentum perfectum — zu betrachten, sollte auch die Adhibirung von Zeugen, oder die gerichtliche Uebergabe und Niederlegung gänzlich unterlassen sein, Nov. 107 c 1. 2.

Carpzov, def. for. P. 3. const. 4 def. 17.
Curtius, Handbuch §. 743
Haubold ad Berger. oecon. jur. lib. 2. tit. 4 th 6. not. a ad 4.
Hofacker, princ. jur. civ. Rom. §. 1387.

2) Ob darin die Erbschaft unter den Kindern gleichmäßig vertheilt worden oder nicht, darauf kommt etwas nicht an, und stehet sogar demjenigen, welcher im Pflichttheile verletzt zu sein behauptet, lediglich die actio suppletoria zu.

Wernher, P. VIII. obs. 926.
Haubold, l. c. not. 1 ad 7.

Dagegen kann allerdings in einem solchen Testamente nicht auch eine persona extranea als Erbe miteingesetzt werden.

L. 21 C. de testam. 6, 23.

und selbst dann, wenn ihr nur ein Legat oder Fideicommiß darin beschieden werden soll, ist die Zuziehung von Zeugen erforderlich,

Nov. 107. cap. 1.

Daß unter den extraneis alle diejenigen, welche liberi non sunt, verstanden und eben darum in dieser Beziehung auch die Wittwe des Erblassers für eine extranea persona erachtet werde, dies gehet aus der Einleitung nur gedachter Novelle sowohl, als den Eingangsworten

L. 21 C. de testam.

hervor, und ist daher die Meinung einiger Rechtslehrer, z. B.

Schilter in exercit. 38.
Richter in dec. 29.

nach welcher jene ganze beschränkende Disposition, rücksichtlich der Wittwe, darauf, daß letztere nach dem römischen Rechte nicht zu den eigentlichen Intestaterben gehören, beruhen, und deswegen in den Ländern, wo ihnen gesetzlich ein Pflichttheil gebühre, gar keine Anwendung leiden soll, nicht außer Zweifel.

So viel ist aber nun jedenfalls ganz gewiß, daß durch eine in einem testamento parentum inter liberos zu Gunsten der Wittwe getroffene Disposition das Testament selbst im Uebrigen nicht ungiltig gemacht wird.

L. 21 C. eod.
Lauterbach, coll. th. pr. lib. 29. tit. 1. §. 29.
Carpzov, P. 3. const. 4. def. 19.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 31.

Hofacker, l. c. §. 1389.

3) Da ein solennes Testament durch ein späteres, das nicht solenn, aber privilegirt ist, rumpirt wird,

L. 2 D. de injusto, rupto, irrito f. testam. 28, 3.
Donellus in Comment. lib. VI. 16.
Lauterbach, l. c. lib. 28. tit. 3. §. 23.
Hofacker, l. c. §. 1347.
Curtius, a. a. O. §. 729.

so muß auch ein testamentum parentum inter liberos als privilegiatum dieselbe rechtliche Wirkung haben.

Die Richtigkeit und praktische Wirkung dieses Satzes ist sowohl von der Mehrzahl der Lehrer des gemeinen Rechts, als auch, so viel Sachsen anlangt, in foro anerkannt.

Donellus, l. c.
Lauterbach, l. c. lib. 28. tit. 3. §. 33.
Wernher, diss. de testam. et cod. priv. Norimbergae 1780. §. 86.
Hofacker, l. c. §. 1347.
Moller, lib. 3. remed. cap. 22. Nro. 4. 5.
Carpzov, P. III. const. 4. def. 25
Horn, consult. et resp. class. 7. resp. 40. p. 438.
Berger, oec. jur. lib. 2. tit. 4. th. 22. not. p ed. Haubold p. 417.
Menke, syst. Pand. lib. 29. tit. 1. § 10.
Titii obs. in coll. Lauterbacht obs. 891.

und von ihm abzugehen, um so bedenklicher, als diejenigen Gründe, welche zur Rechtfertigung der entgegengesetzten, von

Rivinus in diss. de testam. par. inter liberos. Vitembergae 1754. §. 8 sqq.
Hellfeld in jurispr. forensi §. 1481.
Heisler in diss. an et quatenus testamentum parentum inter liberos aliud rumpat §. 22.
Thibaut, System des Pandektenrechts Th. 2. §. 827.

aufgestellten und auf die Notariats-Ordnung von 1572. Tit. 1. § 2 gestützten Meinung vorgebracht werden, gänzlich ungenügend erscheinen. Denn

a) können, wie von

Wernher in diss. laud.

überzeugend dargethan werden, die in jener Stelle der Notariats-Ordnung gebrauchten Worte: „da kein ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird“, wenn man sie, ohne etwas hinzuzusetzen oder zu verändern, grammatikalisch erklärt, keinen andern, als den Sinn haben, daß die Zuziehung von sieben Zeugen nur dann nöthig sei, wenn ein schon errichtetes testamentum par. int. lib. durch einen spätern letzten Willen desselben Testators rumpirt werden soll, und

b) geht auch aus dem ganzen Zusammenhange deutlich hervor, daß es gar nicht die Absicht gewesen, an den Grundsätzen des römischen Rechts über Errichtung von Testamenten und namentlich solchen der fraglichen Art im Wesentlichen etwas zu ändern, und die eben gedachte Stelle lediglich eine in ihrer Verfassung allerdings nicht preiswürdige Nachbildung des in

L. 21 C de testam.

enthaltenen Satzes ist: „hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si pater septem testibus praesentibus declaret, se velle testamentum valere, et aliam disponat voluntatem, vel in testamento perfecto, vel in non scripto perfecta voluntate.“ Das Einzige, was in der Notariats-Ordnung in vorliegender Beziehung als etwas Neues hinzugekommen, ist die Vorschrift für die Notarien, daß, wenn diesen ein dergleichen schriftliches testamentum par. int. lib. übergeben wird, zu diesem Acte zwei Zeugen adhibirt werden sollen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 6. Juni 1839, in S. Ritter c. Ritter und Cons.
Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen. N. F. Bd. 3. Nr. 14. S. 280 f.

VII.

Streitig ist, ob der Testirer das Testament ganz schreiben müsse, oder ob es genüge, wenn er nur das eigenhändig schreibt, was buchstäblich im Gesetze bestimmt ist.

Einige meinen, der Testirer müsse das ganze Testament niederschreiben, da der Schlußsatz des cap. 1 der Nov. 107 in den Worten: quoniam autem in dispositione posita — scripserunt — ejus manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam hierauf hinweise.

Thibaut, System §. 845.
Göschen, Vorles. Bd. 5. S. 298. Nr. 2.

Andere meinen, der eigentlich dispositive Theil des Testaments, wohin namentlich auch Vormundschaften und Enterbungen gehörten, müßte vom Testirer eigenhändig niedergeschrieben werden; dagegen sei kein Grund zu ersehen, warum die andern bei Testamenten oft vorkommenden Weitläufigkeiten, Vor- und Schlußbemerkungen eigenhändig geschrieben werden müßten; diese könnten vielmehr auch durch Andere geschrieben werden. Der Gesetzgeber wolle nämlich durch seine Vorschrift nur bewirken, daß der dispositive Theil des Testaments als der unzweifelhafte Wille des Testirers feststehen solle, und verlange rücksichtlich dieses Punktes die eigenhändige Unterschrift. Hierüber hinauszugehen sei der Interpret um so weniger ermächtigt, als jene Vorschrift eine Vermehrung der gemeinrechtlichen Solennitäten enthalte, folglich anzunehmen sei, der Gesetzgeber sei von diesen nur soweit abgewichen, als das Gesetz dies buchstäblich bestimme oder der Zweck desselben es mit sich bringe.

Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern S. 58. Not. e.
Müller, de test. par. int. lib. §. 19.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 182.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 846.

Andere meinen, der Testirer müsse nicht bloß die in dem Gesetze ausdrücklich genannten Punkte stets eigenhändig schreiben, sondern auch entweder das ganze Testament eigenhändig schreiben oder unterschreiben.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1387.
Günther, princ. jur. Rom. §. 786. Nro. 2. A. 1—4.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.
Hartitzsch, Erbrecht §. 403
Seuffert, Lehrb. §. 531. Nr. 1—4.

Siehe die Widerlegung dieser Ansicht bei

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 184.

Vergl. das Präj. zu Controv. 6.

VIII.

Streitig ist, ob die Unterschrift des Testirers wesentlich erforderlich sei.

Einige bejahen dies, und stützen sich auf die Worte der Vulgate der Nov. 107. c. 1: primo quidem ejus subscriptione tempus declaret, was sie so verstehen: vor Allem soll der Testirer bei seiner Unterschrift das Datum ausdrücken.

v. Bülow, Abhandl. über einzelne Theile des röm. Rechts Bd. 1 S. 194.
Schröder, de privilegiatis parentum inter liberos dispos §. 13.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1387. Nro. III.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820. not. d.

Andere verlangen die Unterschrift des Testirers nicht, da solches nirgends vorgeschrieben sei. Die griechischen Worte der Nov. 107. c. 1 lauteten: πρῶτον μὲν αὐτῆς

προγράφειν τὸν χρόνον, d. h. er soll zuvörderst das Datum des Testaments beschreiben, und etwas Anderes habe auch der Urheber der Vulgate nicht sagen wollen.

Euler, de test. et div. par. int. lib. §. 54.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern S. 57. §. 32. Not. b.

Andere meinen, wenn es am natürlichsten, auch wohl vom Gesetzgeber als sich von selbst verstehend vorausgesetzt sei, daß, wenn ein Testirer eigenhändige Erklärungen im Testamente machen müsse, er die Aechtheit dieser Erklärungen durch seine Namensunterschrift beglaubige, so lasse sich dies doch nicht mit völliger Gewißheit annehmen, da weder der Ausdruck des Gesetzes solches vorschreibe, noch solches aus dem Zwecke desselben folge, indem vielmehr auch ohne eigenhändige Unterschrift die Aechtheit der Handschrift vollkommen constatirt werden könne. Zumal werde in der Auth. Quod sine subscriptione procedit Cod. de test. das Testament der Eltern unter Kindern auch ohne Unterschrift des Testirers für giltig erklärt, falls nur die in der Nov. bestimmten speciellen Erfordernisse beobachtet seien.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 185.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 847.

Vergl. das Präj. zu Contr. 6.

IX.

Streitig ist, ob ein an sich unvollständiges Testament, welches aber die äußeren und inneren Erfordernisse eines test. parentum inter liberos hat, als solches aufrecht erhalten werden könne.

Einige meinen, es sei dies in den meisten Fällen eine quaestio facti. Es lasse sich nämlich zweierlei unterscheiden: Unvollständigkeit des Testaments in Ansehung der Form, und in Ansehung der Willenserklärung und des Inhalts. Wenn sich nun ein schriftlicher Entwurf vorfinde, von dem Testator selbst niedergeschrieben, und zwar Alles das enthaltend, was die Nov. zum Rechtsbestande eines Testaments der Eltern unter Kindern voraussetze, allein der Disponent beabsichtigte noch irgend eine Formalität, z. B. Zuziehung eines Notars, oder er wollte überall keine privilegirte letztwillige Verfügung errichten, sondern in der gemeinrechtlichen Form testiren, oder wenn der Testator noch andere Anordnungen zu treffen beabsichtigte, welche einen wesentlichen Theil des Testaments bilden würden, z. B. die Ernennung von Miterben, er habe dies aber nicht ausgeführt, ohne daß anzunehmen sei, er habe dies aufgegeben, so könne in beiden Fällen die Verfügung zwar nicht als eigentliches Testament gelten, wohl aber die Wirkung einer divisio parentum inter liberos haben. Es sei dies nämlich in den Verordnungen von Constantin und Theodos II. anerkannt (L. 26 C. 3, 36. L. 21. §. 3 C. 6, 23) und dem Principe nach auch durch Justinian's gesetzliche Vorschrift nicht aufgehoben. Nur müsse alsdann die Form beobachtet sein, welche der Kaiser für solche Vertheilungen angeordnet habe. — Uebrigens sei im Zweifel nicht die Absicht des Verfügenden anzunehmen, daß er noch Förmlichkeiten, welche nicht erforderlich gewesen, habe anwenden wollen. Wenn sich daher eine erweislich ächte Schrift vorfinde, welche das nach dem Gesetze Erforderliche enthalte, gleichgiltig, ob bemerkt sei, daß dieselbe als eigentliches Testament gelten solle oder nicht, so dürfe man ihr diese Eigenschaft auch nicht streitig machen. Auf die Person, bei welcher, und auf den Ort, wo sie sich vorfände, komme im Zweifel nichts an. Werde dagegen z. B. die fragliche Schrift an einem Orte nach dem Ableben des Testirers gefunden, wo derselbe Papiere hinzulegen pflegte, die cassirt oder zu anderweitem Gebrauche bestimmt werden sollten, so müsse dieselbe als bedeutungslos und als eine solche betrachtet werden, welche der Testator selbst nicht zur Vollziehung habe gebracht wissen wollen; wollte Jemand ein Versehen des Testirers hierbei behaupten, so müsse er solches beweisen. Ebenso könne, wenn die Person, welche die fragliche Schrift nach dem Tode des Testators producirt, eine dritte sei, welche nicht zu den Descendenten des Testators gehöre, und wenn sie nicht nachweisen könne, daß ihr die Schrift besonders zu dem Zwecke, um sie nach dem Ableben des Testators vorzulegen, anvertraut worden sei, eine Verfügung des Erblassers welche derselbe nach seinem Tode vollzogen wissen wollte, nicht angenommen werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 183
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 847.
Zoller, diss. de dispos. parentum int. lib.
Stryk, de jure testandi int. lib. c. III. Nro. 57
Euler, de testam. et divis. par. int. lib. §. 56
Fabec, err. Pragm. dec. 36. err. 10.
Wernher, obs. for. P. V. obs. 248.

Andere meinen, Alles, was sich dafür sagen lasse, daß eine als testam. par. int. lib. beabsichtigte Scriptur als divisio par. int. lib. aufrecht erhalten werden müsse, werde dadurch aufgewogen, daß in allen dergleichen Fällen durchaus nicht feststehe, ob der Testator überhaupt ernstlich und definitiv das gewollt habe, wofür sich das nothdürftige Vorhandensein der Form einer divisio par. int. lib. etwa behaupten lasse, sobald er es nicht in dieser gewollt habe. Ein solcher Entwurf zu welchem der Testator noch etwas hinzuzuthun entschlossen gewesen sei, bevor er nach der dabei einmal gewählten Geschäftsform, rechtlich als sein wahrer letzter Wille gelten konnte, dürfe niemals als solcher aufrecht erhalten werden, wenn auch das zu einer anderen Geschäftsform Erforderliche vorhanden wäre — eben so wenig wie die Wirkung der Codicillarclausel, ohne deren ausdrückliche Beifügung, von selbst eintrete. Für diese Ansicht spreche L. 11. §. 1 de legat. III. (32).

Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 410

Siehe die versuchte Widerlegung bei

Heimbach im Rechtslexikon Bd 10. S. 848. Not 657.

Vergl. auch

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 601.

Präjudiz 1.

In v. Rühling's Entscheidungen des OAG. in Celle Nr. 98 ist angenommen, wenn die Eltern in einem Testamente unter ihren Kindern erklärt haben, dasselbe gerichtlich nieder-

legen zu wollen, dieses aber unterblieben ist, so schade dies der Giltigkeit ihres Testaments nicht.

X.

Streitig ist, ob ein testamentum parentum inter liberos, in welchem eine Erbeinsetzung nicht vorgenommen, als divisio parentum inter liberos aufrecht erhalten werden könne.

Dies bejahen Einige, gestützt auf die Gründe, welche zu Controv. 9 vorgetragen sind.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 202.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 853.

Andere verneinen die Frage aus den l. c. vorgetragenen Gründen, wenigstens alsdann unbedingt, wenn nicht die Absicht des Testirers ausdrücklich darauf gerichtet ist, eine divisio parentum inter liberos zu errichten.

Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18. sub 10.

Präjudiz 1.

Vom LG. zu Wolfenbüttel wurde unter dem 28. März 1836, in Sachen des Bahlberg'schen Vormundes c. Bohlberg, für Recht erkannt:

Die vom Vater der Parteien getroffene Bestimmung, daß dasjenige seiner Kinder, welches den Hof annehmen würde, seinen Geschwistern 400 Thlr. als Abfindung auszahlen solle, welche der Verklagte in der Exceptionsschrift erster Instanz zugestanden hat, kann, da darin keine Erbeinsetzung enthalten ist, und ohne eine solche kein Testament errichtet werden konn,
§. 34 Inst. de legat.
nur von dem Gesichtspunkte einer divisio parentum inter lib. angesehen, und muß, was ihre Form betrifft, nach den von jener geltenden Grundsätzen beurtheilt werden. Ist nun gleich zur Errichtung eines Testaments der Eltern unter ihren Kindern, welches nach römischem Recht ebenfalls nur schriftlich errichtet werden konnte,
Nov. 107. c. 1.
nach der Notariats-Ordnung vom Jahre 1512. Tit. 2 von den Testamenten §. 2 nur die Zuziehung von zwei Zeugen und eine mündliche Errichtung vor solchen erforderlich, so kann doch dies, als eine correctorische Bestimmung, nicht auch auf die divisio parentum inter liberos, welche nach dem Obigen hier anzunehmen ist, bezogen werden; vielmehr bleibt es rücksichtlich der letzteren bei den Bestimmungen des römischen Rechts, daß solche, wenn nicht die Vertheilung der Güter durch Tradition factisch sofort vollzogen wird, in einem schriftlichen vom Vater oder den Kindern zu unterschreibenden Aufsatze errichtet werden müsse,
Nov. 18. c. 7.
Da es nun an solchem Aufsatze im vorliegenden Falle fehlt, so folgt daraus, daß die väterliche Bestimmung über die Vertheilung seines Nachlasses, wonach jedes seiner Kinder, welches den Hof nicht bekomme, 400 Thlr. zur Abfindung bekommen solle, eine unförmliche, mithin nichtige Verfügung enthalte, welche zur Grundlage der angestellten Klage nicht dienen kann.

Mag man daher auch annehmen, daß der Erblasser der Parteien seinen bald nach ihm verstorbenen ältesten Sohn, wie Verklagter behauptet, oder den Verklagten selbst, wie die Kläger in der Klagschrift angeführt haben, zum Nachfolger im Hofe ernannt habe, wozu er, da nach einem singulären Grundsatze des Bauernrechts zur Bestimmung des Nachfolgers im Hofe eine ohne alle Förmlichkeit getroffene Wahl und Erklärung genügt, befugt war, so wurde dadurch so wenig der älteste Sohn wie der Verklagte selbst zur Anerkennung der vom Vater zugleich und außerdem getroffenen Abfindungsbestimmungen verpflichtet, weil letztere nur, wie oben gezeigt ist, unter den gemeinrechtlichen Förmlichkeiten eines Testaments oder einer divisio parentum inter liberos festgesetzt werden konnten, und die Formen des einen so wenig wie des andern hier vorliegen.

Selbst aber auch wenn angenommen werden könnte, daß der verstorbene älteste Sohn des Erblassers, dem, nach der später im Laufe der Verhandlungen nicht widersprochenen Behauptung des Verklagten, der Hof vom Vater zugedacht war, in Folge der väterlichen Bestimmung zur Entrichtung von 400 Thlr. an jede seiner Schwestern verpflichtet gewesen wäre, so würde diese Verpflichtung doch nicht den Verklagten binden; denn das Vorrecht des ältesten verstorbenen Sohnes zur künftigen Annahme des Hofs wurde, so lange er den Hof nicht wirklich angenommen hatte, nach seinem Tode nicht von ihm auf seine Erben transmittirt, sondern erlosch als ein höchst persönliches mit seinem Tode, so daß die Nachfolge im Hofe nunmehr vermöge des Vorzugsrechts der Söhne vor Töchtern unmittelbar vom Vater her ab intestato dem Verklagten deferirt wurde, der aber, wie in der Submissionsschrift richtig bemerkt ist, zur Uebernahme derjenigen Lasten nicht verpflichtet wurde, welche der Erblasser einem andern weggefallenen Intestaterben (seinem ältesten Sohne) auferlegt hatte.

L. 1. §. 9 D. de legat. III. (32.)
L. 75 pr. ad SC. Trebell. 36, 1.

Dieses Erkenntniß wurde bestätigt durch den Bescheid des OAG. vom 29 Sept. 1836 aus folgenden Gründen:

... da der singuläre Grundsatz des Bauernrechts, daß der Vater durch jede einfache, nur erweisliche Disposition, unter mehren Kindern, den Hofsnachfolger giltig bestimmen darf, auf andere, wenn auch mit der Hofsnachfolge in Verbindung stehende Verfügungen auf den Todesfall nicht ausgedehnt werden darf, folglich, wie in den nicht widerlegten Gründen der sent. a qua ausgeführt worden, die Festsetzung der Abfindungssummen, welche der Hofsannehmer seinen Geschwistern zu zahlen hat, eine gemeinrechtlich giltige Disposition auf den Todesfall erfordert, die im vorliegenden Falle nicht vorhanden ist, mag man annehmen, der gemeinschaftliche Vater habe seinem ältesten Sohne speciell, oder aber, wie Kläger jetzt die Sache darzustellen sucht, dem Hofsannehmer im Allgemeinen die Auflage machen wollen:

so wird rc. abgeschlagen.

XI.

Streitig ist, ob die Hinzufügung des Datums bei dem testamentum parentum inter liberos wesentlich nothwendig sei*).

Einige meinen, der griechische Originaltext der Nov. 107. c. 1 sage nur: wenn die Eltern das Datum beifügen wollten, so sollten sie dies eigenhändig thun; die versio vulgata weiche zwar von dem Originaltexte ab, und übersetze unrichtig, allein der Vorzug sei nicht der Uebersetzung, sondern dem Originale zu geben.

Desiderius Heraldus in den observ. et emendat. c. 50 in Otton. thes. T. II. p. 1385.
Pufendorf, obs. jur. univ. T. III. obs. 5. §. 1.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1482.
Becker, Samml. merkw. Rechtsf. Bd. 2. S. 249.

Vergl. auch

Höpfner, Instit. §. 11 u. 12.
Thibaut, System §. 845. Not. f.

Andere meinen, von jeher sei die Beifügung des Datums von Seiten des Testators als ein in dem dis-

*) Nach einer Entscheidung des OAG. zu Celle, bekannt gemacht durch die Gesetzsammlung, welche von den Gerichten in judicando zu befolgen ist, ist ausgesprochen:

Nach den durch reichsgesetzliche Bestimmungen in sofern nicht abgeänderten Vorschriften des römischen Rechts ist ein testam. privil. parent. int. lib. für rechtsbeständig nicht zu halten, wenn die Eltern es unterlassen haben, das Datum, so wie die Namen oder die Bezeichnung der Kinder eigenhändig in dem Testamente zu schreiben.

Präj. bek. gemacht den 31. März 1842.

positiven Theile des Gesetzes Enthaltenes oder befehlsweise Vorgeschriebenes betrachtet worden. Auch die Uebersetzung der versio vulgata sage nichts Anderes als der Urtext, weil der Satz: πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον offenbar nicht von dem unmittelbar vorhergehenden βούλοιτο, sondern von dem noch weiter vorhergehenden βουλόμεϑα regiert werde, wie auch die noch diesem Satze weiter folgenden Sätze, und bei der entgegengesetzten Annahme es diesem Satze an allem periodischen Zusammenhange fehlen würde. Diese Ansicht werde durch die späteren Novellenepitomatoren unterstützt, und innere Gründe sprächen dafür. Denn einestheils diene hier, wo alle Form auf der Schrift beruhe, die Beifügung des Datums als Merkmal der ernstlich gemeinten und vollendeten Willenserklärung, anderen Theils wäre es aber, wenn man nicht gerade verlange, daß der Testator das ganze Testament schreiben müsse, seltsam, wenn bestimmt wäre, die Beifügung des Datums könne unterbleiben, wenn sie aber erfolge, so müsse sie vom Testator selbst geschehen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 849.
Euler, de test. et divis. par. int. lib. §. 38—40.
Andreä im civil. Archiv Bd. 4. S. 370—384.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern §. 28.
Müller, de test. par. int. lib. §. 16.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 482.
Haimberger, röm. P.-R. §. 353. Not. o.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 190.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.

Vgl. Strippelmann, Neue Sammlung Bd. 4. S. 25. Nr. 3. Not. 19.

XII.

Streitig ist, ob es wesentlich nothwendig sei, daß das Datum im Anfange des Testaments der Eltern unter Kindern voran gesetzt werde, oder ob solches auch am Schluß geschehen könne.

Einige meinen, das Datum müsse gleich im Anfange des Testaments voran gesetzt werden, und sei dieses ein unerläßliches Erforderniß für das testam. par. inter liberos. Im griechischen Texte werde προγράφειν verlangt, und dies bedeute voraus- oder vorherschreiben. Auch enthielten manche Manuscripte der versio vulgata die Lesart praescriptione. Auch innere Gründe sprächen dafür; denn es wäre doch wirklich sonderbar, wenn unter den Erfordernissen, sobald die Beifügung des Datums am Ende der Urkunde, bei der etwa vom Testator beigesetzten Unterschrift erfolgen könnte, die Unterschrift, welche am Schlusse der Urkunde erfolgt, als das erste genannt worden wäre.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 850.
Wernher, lect. comment. p. 697.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.
Schweppe, röm. P.-R. § 820.
Haimberger, röm. P.-R. §. 353. Nr. 1.
Andreä im civil. Archiv Bd. 4. S. 372 f.

Andere meinen, wenn auch die regelmäßige Bedeutung von προγράφειν soviel bedeute als voraus- oder vorherschreiben, so komme dieses Wort auch in unbestimmter Bedeutung für niederschreiben vor. Selbst wenn nach der Gewohnheit zur Zeit des Verfassers der Nov. das Voransetzen des Datums zu geschehen pflegte, so könne doch bei der allgemeinen Veränderlichkeit des Gebrauchs und der Sitte dieses nicht als etwas Wesentliches angesehen werden.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 591.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 193
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 300. Nr. 2.
Euler, de testam. et divis. par. int. lib. §. 40.
Schröder, de privil. par. int. lib. disp. §. 11.
v. Rüling, Entscheid. des OAG. in Celle Nr. 101.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. S. 18.

Präjudiz 1.

Im Hinblick auf den griechischen Urtext der Nov. 107 wird behauptet, daß bei dem testamentum inter liberos die Zeitangabe an den Anfang der Verfügung gesetzt werden müsse.

Andreä im Archiv für civ. Praxis Bd. 4. S. 370—384.

Allein in Erwägung, daß in den Worten „primum quidem ejus subscriptione tempus declaret" das „primum" nicht gerade den Anfang des Aufsatzes bedeute, vielmehr nur die erste der verschiedenen Voraussetzungen der in Rede stehenden letztwilligen Anordnung anzeige, hat das

OAG. zu Cassel (Decret vom 29. Januar 1830)

ausdrücklich angenommen, daß ein testamentum parentum inter liberos, in welchem das Datum an dessen Schlusse angegeben worden war, der Form nach giltig sei.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 69.

XIII.

Streitig ist, ob das Datum von dem Testator mit eigener Hand beigefügt werden müsse*).

Einige meinen, wenn auch dieses Erforderniß in der Nov. nicht mit Bestimmtheit aufgeführt werde, so führe doch die Art und Weise, wie das Datum neben dem Namen der Kinder, welcher eigenhändig geschrieben werden müsse, stehe, dahin, daß die Frage bejaht werde πρῶτον μὲν — προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρί. Beide Sätze ständen also in folgender Verbindung: es solle der Testirer erstlich das Datum, sodann die Namen der Kinder eigenhändig schreiben. Dies werde auch dadurch unterstützt, daß überall in dem Gesetz auf eigenhändige Schrift großes Gewicht gelegt werde, und darum von der Voraussetzung ausgegangen werden dürfe, daß alle und jede Punkte, welche nach der gesetzlichen Bestimmung nothwendig in dem Testamente ausgedrückt werden müßten, auch vom Testirer selbst niederzuschreiben seien.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 194
Sintenis, Civilr. § 170. Not. 18.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 482
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 850.
Euler, de test. et divis. par. int. lib. §. 39.
Andreä im civil. Archiv Bd. 4. S. 372 f.

Andere halten die Hinzufügung des Datums überhaupt nicht für nöthig.

Pufendorf, obs. jur. univ. T. III. obs. 5. §. 1.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1482.
Becker, Samml. merkw. Rechtsf. Bd. 2. S. 219

Andere verlangen wenigstens nicht die eigenhändige Beifügung des Datums.

*) Vergl. die Anmerk. zu Controv. 11.

Westphal, von Testamenten §. 818.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.
Höpfner, Instit. §. 460.

Andere meinen, daß das Datum nicht abgekürzt oder mit Zahlen, sondern stets mit Buchstaben geschrieben werden müsse.

Grupen, discept. for. cap. 3. §. 5. p. 293.
Hänel, disseos. dominor. p. 183.

Hiergegen siehe

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 396.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 194.

XIV.

Streitig ist, ob es absolut nöthig sei, die Namen der Kinder speciell anzuführen*).

Einige meinen, dies sei nicht nöthig. Denn zu der Zeit, als die Nov. 107 erlassen sei, habe der Testirer das Testament entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben, und zugleich die Namen der Erben eigenhändig ausdrücken oder durch Testamentszeugen niederschreiben lassen müssen (L. 27. L. 28 C. de test.). Nun aber erkläre die Nov. 119. c. 9 es für hinreichend, wenn der Testirer auch nur unterschreibe (Auth. Et non observato C. de test.); dadurch sei die Vorschrift der Nov. 107, daß die Namen der Erben eigenhändig ausgedrückt werden müßten, implicite aufgehoben.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1482.
Werther, lect. commeot. p. 698.

Andere meinen, es sei wenigstens zulässig, daß statt der Benennung eine anderweite Bezeichnung der Kinder erfolge. Man beruft sich auf allgemeine Rechtssätze und §. 29 in f. Inst. de leg. L. 34 pr. D. de cond. et dem. 35, 1.

Pufendorf, obs. T. III. obs. 5. §. 1.
Hofacker, pr. jur. civ. §. 1387. Nro. II. 2.
Eoler, de test. et divis par. int. lib. §. 44.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 395.

Andere bejahen die Frage unbedingt, und stützen sich darauf, daß der Kaiser ausdrücklich die Anführung der Namen vorgeschrieben habe, und es mit der Anwendung singulärer Rechtsbestimmungen möglichst genau zu nehmen sei.

Grupen, discept. for. c. 3. §. 4—8.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von Testamenten der Eltern unter Kindern S. 54.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18. sub 8.
Thibaut, System §. 845.
Westphal, von Testamenten §. 818.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 482.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.

Andere meinen, die Wahrheit liege in der Mitte. Auch bei Auslegung singulärer Gesetze sei der Zusammenhang der einzelnen Sätze und der gesetzliche Zweck zu berücksichtigen. Es solle nun nach des Kaisers Willen durch einen möglichst bestimmten Ausdruck allen Zweifeln über den Inhalt der Willenserklärung vorgebeugt werden, und bei der fraglichen Vorschrift habe er offenbar den Fall vor Augen, wenn der Testator mehre Kinder habe, und bei jedem besondere Erbtheile aussetze, wie dies die Bestimmung über den Ausdruck der Erbtheile ergebe. Bestimme der Testator ungleiche Erbtheile, oder setze dem einen oder anderen Kinde Prälegate aus, oder treffe sonst Bestimmungen für einzelne Descendenten, so könne eine bloße Bezeichnung statt der Namen leicht Zweifel erregen. Wenn man hier nun auch nicht eine buchstäbliche Anwendung des Gesetzes verlangen wolle, so müsse doch jedenfalls eine solche Bezeichnung gebraucht werden, welche über das Kind, das gemeint sei, nicht den mindesten Zweifel übrig lasse, wie denn z. B. die Bezeichnung: mein ältester Sohn, mein jüngster Sohn und dergleichen, als vollkommen genügend anzunehmen sei. Ganz entschieden könne in dem Falle, wo der Testirer nur ein einziges Kind habe, und dasselbe zu seinem Erben einsetze, ohne dasselbe durch seinen Eigennamen zu bezeichnen, eine Ungewißheit des Willens des Testators in der gemeinten Person nicht entstehen, und es sei dieses für genügend zu achten, nach Analogie der Grundsätze über die Enterbung, nach welchen, obgleich bei Söhnen namentliche Enterbung verlangt werde, bei dem Dasein nur Eines Sohnes es genüge, wenn der Testator sagte: filius exheres esto (Gaji Inst. II. §. 123. 127, vergl. mit pr. Inst. 2, 13). Ebenso bedürfe es keiner Bezeichnung durch Namen, wenn der Testator seine sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen oder ohne alle Theilbestimmung einsetzte, oder auch, wenn er einen Sohn und eine Tochter habe, und diese zu verschiedenen Theilen zu Erben einsetzte:

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 851.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 195.

obgleich Letzterer (Mühlenbruch S. 197) die Bezeichnung der Kinder als ältester, jüngster, zweitgeborener und dergleichen, weil da Versehen unterlaufen können, für bedenklich hält.

Siehe hiergegen

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 851.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18. Nr. 8.

Präjudiz 1.

Das OAG. zu Parchim hatte in einem Falle die Nennung von Vor- und Zunamen oder des bürgerlichen Namens erfordert. Die in letzter Instanz erkennende Juristenfacultät hatte dagegen die von einer Mutter in deren Testamente gebrauchte Bezeichnung: „Mein jetzt noch einziger lebender Sohn, ausübender Arzt der Arzneigelehrsamkeit in N. N.," als dem Erfordernisse der Nov. 107. c. 1 entsprechend angenommen.

v. Nettelbladt, Rechtsspr. des OAG. zu Parchim Bd. 4 S. 98.

Präjudiz 2.

Das OAG. zu Cassel hat die Erklärung im Testamente:

„Meine jetzt lebenden sechs Kinder beerben mich nach den Grundsätzen des gesetzlichen Erbrechts und der gesetzlichen Erbfolge rc."

als genügend angenommen.

Strippelmann, Neue Samml. bemerk. Entsch. des OAG. zu Cassel Bd. 4. S. 22—24.

Präjudiz 3.

Ein Vater hatte letztwillig verfügt, daß seine sechs lebenden Kinder zu den Antheilen, wie diese nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge eintreten, ihn beerben sollen. Es entstand die Frage, ob durch diese (eigenhändig geschriebene) Verfügung der in Nov. 107. cap. 1 in Betreff des testamentum parentum inter liberos gegebenen Vorschrift:

„. . . . . . . declaret . . . . . . filiorum nomina propria manu"

*) Vergl. die Anmerkung zu Controv. 11.

genügt worden sei. Diese Frage wurde durch

Decret des OAG. zu Cassel vom 5. Febr. 1842

bejaht. In den Motiven kömmt vor: Wenn gleich in der Nov. 107. cap. 1 ausdrücklich bestimmt wird, daß der Testator die Namen der Kinder mit eigener Hand angeben solle, so ist doch hierunter eine jeden Zweifel ausschließende, von dem Erblasser selbst geschriebene Bezeichnung der Kinder für mitbegriffen zu halten. Denn im römischen Rechte ist nicht allein bei der Erbeinsetzung der Benennung durch den Eigennamen jede andere sichere Bezeichnung gleichgestellt,

§. 29 Inst. de legatis 2, 20.

fr. 9. §. 8 de hered. instit. 28, 5.

sondern es wird auch bei der an besondere Formen geknüpften Verpflichtung des Vaters, seine Söhne entweder als Erben einzusetzen, oder namentlich (nominatim) zu enterben, eine keinem Zweifel Raum gebende Bezeichnung ebenfalls zugelassen und für gleichbedeutend erklärt,

fr. 1. 2 und 3. §. 1 de liberis et postum. 28, 2.

pr. §. 1 Inst. de liber. exh. 2, 13.

Hiernach aber läßt sich nicht annehmen, daß durch die angeführte Bestimmung der Nov. 107 stets eine Angabe der verschiedenen Vor- und Zunamen der Kinder habe vorgeschrieben werden wollen; vielmehr ist zu unterstellen, daß Justinian nur habe festsetzen wollen, daß die zweifellose Bezeichnung der Erben mit eigener Hand durch den Testator erfolge, und, wo den Kindern verschiedene Erbtheile bestimmt würden, dieselben besonders zu benennen seien. — Da nun im vorliegenden Falle der Testator seine lebenden sechs Kinder zu Erben eingesetzt hat, und kein Zweifel besteht, welche Personen unter dieser Bezeichnung begriffen sind, so ist auch der erwähnten Bestimmung der Nov. 107 Genüge geleistet worden.

Vergl. das (durch Bekanntmachung vom 31. März 1842 in der Gesetzsammlung ausgeschriebene) Präjudiz des OAG. zu Celle: „Nach den durch reichsgesetzliche Bestimmungen insoweit nicht abgeänderten Vorschriften des römischen Rechts ist ein testamentum privilegiatum parentum inter liberos für rechtsbeständig nicht zu halten, wenn die Eltern es unterlassen haben, das Datum sowie die Namen, oder die Bezeichnung der Kinder eigenhändig in dem Testamente zu schreiben."

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 68.

XV.

Streitig ist, ob ein wesentliches Erforderniß des testamentum parentum inter liberos sei, daß die eigenhändig zu schreibenden Erbquoten durch Buchstaben, und nicht etwa auch durch Zahlen ausgedrückt werden.

Einige meinen, Zahlzeichen dürften zur Bezeichnung der Erbtheile nicht angewandt werden. Denn daß dieses im Gesetze gemeint sei, und daß der Gesetzgeber nicht bloß die bereits früher festgestellte Unzulässigkeit des Gebrauchs von notae (d. h. gewisser Zeichen, welche ganze Worte ausdrückten, L. 6. §. 2 D. de bon. poss. 37, 1) vor Augen habe, ergebe der buchstäbliche Wortsinn des Originaltextes der Nov.: σύμβολα τῶν ἀριθμῶν, welche Worte nur durch signa numerorum oder Zahlzeichen übersetzt werden können.

Euler, de test. et divis. par. int. lib. §. 47.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 197.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 852.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. S. 30.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 596.

Andere meinen, das Gesetz habe nur ungewöhnliche Abbreviaturen und Abkürzungen, notae, vor Augen,

Westphal, von Testamenten §. 818.

und wenn deshalb die Ziffern ganz deutlich seien, so daß keine Ungewißheit stattfinde, so sei das Testament nicht für ungiltig zu halten. Die Gründe für diese Ansicht sind: bei solchem privilegirten Testamente komme es hauptsächlich auf die Gewißheit des Willens an; wenn also durch den Gebrauch der Zahlen keine Ungewißheit entstehe, so gelte das Testament. Auch aus L. 21 u. 26 C. famil. herc. folge dieser Grundsatz.

Hommel, Rhapsod. obs. 354.
Menzius, de test. valido et invalido lib. 4. qu. 1. Nro. 5.
Carpzov, P. 3. const. 3. def. 4.
Leyser, sp. 367. med. 1.
Böhmer, consult. II. P. 2. p. 26.
Eneockel, de test. par. et lib. priv. c. 2. Nro. 10.

Hiergegen siehe

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 198.

Präjudiz 1.

Die Vorschrift der Nov. 107. cap. 1, daß der Vater die unciae mit Buchstaben festsetzen solle, redet natürlich nur von dem Falle, wo der Erblasser sich veranlaßt findet, besondere Theile zu bestimmen; dahingegen bedarf es derselben nicht, wenn die Kinder nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Intestaterbfolge erben sollen, oder der Vater sie im Allgemeinen einsetzt, da hieraus die unciae von selbst bestimmt sind.

Decr. des OAG. zu Cassel vom 5. Febr. 1842.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 71.

XVI.

Streitig ist, ob die Erbeinsetzung der Descendenten eine wesentliche Bedingung der Giltigkeit und Wirksamkeit des testamentum parentum inter liberos sei.

Einige bejahen dies, indem sie sich darauf stützen, daß die Erbeinsetzung ein wesentliches Erforderniß eines jeden Testaments sei,

Vinnius, sel. jur. quaest. lib. 2. c. 17.
Euler, de testam. et divis. par. int. lib. §. 64.
Thibaut, System §. 845.
v. Bülow, Abh. über einzelne Theile des römisch Rechts Bd. 1. S. 189.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 482.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 201.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 852.

auch lasse das Gesetz darüber, daß es die Erbeinsetzung als nothwendig betrachte, keinen Zweifel übrig. Denn indem es die eigenhändige Bezeichnung der Erbquoten, auf welche der Testator die Kinder zu Erben einsetzt mit Buchstaben verlangt, setze es in den Worten: τοὺς οὐγκιασμούς, εἰς οὓς γράφει κληρονόμους αὐτούς, überhaupt die Erbeinsetzung als sich von selbst verstehend und nothwendig voraus.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 852 und 853.

Andere halten die Erbeinsetzung nicht für nöthig, weil dergleichen elterliche Disposition vor der Nov. 107 nichts weiter als eine bloße Theilungsregulirung unter Intestaterben gewesen, die Novelle aber hieran nichts geändert, sondern nur der bloßen Nennung der Kinder die Wirkung einer Erbeinsetzung beigelegt habe,

Faber, err. Prag. dec. 35. err. 3.
Fritz, Versuch der Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern §. 19. 20 33—36.
v. Hartitzsch, Entscheid Nr. 407.
Hommel, Rhapsod. obs. 354.

und sollen nach dieser Ansicht die sämmtlichen zur ge-

setzlichen Erbfolge berufenen Descendenten die eigentlichen Erben, die zu Erben Eingesetzten aber nur Fideicommißnehmer sein.

Faber, err. Pragm. dec. 36. err. 5 im Anf.

XVII.

Unter den Anhängern der Ansicht, welche das test. parentum inter liberos für ein eigentliches Testament ansehen, und deshalb Erbeinsetzung verlangen, herrscht Streit, ob der Vater in einem solchen Testamente Vormünder ernennen könne.

Einige verneinen dies. Denn Vormünder könnten nur in einem vollständigen Testamente oder in bestätigten Codicillen ernannt werden, das test. parent. int. lib. sei aber weder das eine noch das andere. Außerdem sei die Vormundschaftsernennung eine sich auch auf den Vormund selbst beziehende Anordnung, mithin jedenfalls das zu beobachten, was das Gesetz für den Fall der Einmischung einer persona extranea erfordere.

Donellus ad L. 21. §. 3 C. de testam. Nro. 5. p. 371.
N. de Carberon, diss. de testam. patris inter lib. p. 28.
Stryk, diss. de jure testandi inter liberos cap. 4. §. 4—6.

Andere entgegnen: daß zur tutoris datio nicht gerade ein unter den gewöhnlichen Solennitäten errichtetes Testament verlangt werden dürfe, sondern nur ein vollgiltiges oder zu Recht beständiges, beweise das testam. militare, arg. L. 28. L. 41. §. 2 D. de testam. milit. 29, 1. Für ein vollgiltiges Testament müsse aber das test. par. int. lib. gehalten werden, und es erfordere also die Consequenz, alle Anordnungen in demselben zuzulassen, welche in jedem anderen Testamente möglich seien, sofern nicht besondere Einschränkungen nachgewiesen werden könnten, wie sie das Gesetz selbst, z. B. für den Fall enthalte, daß Nichtdescendenten honorirt worden seien. Diese Einschränkungen paßten aber in Ansehung auf Vormünder nicht, da solche Verfügung zum Besten der Kinder selbst erlassen sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 208 f.
Euler, de test. et divis. par int. lib. §. 70.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 855.

Andere stimmen diesem bei, mit der Bemerkung, daß die Vormundschaftsernennung, jedoch nur immer ausschließlich inter liberos, in diesem Testamente möglich sei.

Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18. sub Nr. 11.

XVIII.

Streitig ist es auch unter den Anhängern der Ansicht, daß das testam. parent. inter liberos ein eigentliches Testament sei, ob in solchen Testamenten Enterbungen möglich seien.

Einige meinen, Enterbungen seien in solchen Testamenten nicht möglich; das Gesetz spreche nur von der Erbeinsetzung der Kinder, nicht aber von Enterbungen, man müsse also bei der Regel bleiben nach welcher eine Enterbung nur in einem förmlichen Testamente ausgesprochen werden dürfe. Ferner seien Enterbungen auch nicht zu begünstigen, und singuläre Rechtsbestimmungen striet zu interpretiren.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 19 in f.
Voet, Comm. ad P. 28. 1. §. 17 in f.
Werner, lect. comm. 28. 2. §. 12.
Richter, diss. de filio in test. par. privileg. exheredando cap. 6.
Hartitzsch, Erbrecht §. 404.

Andere meinen, auch Enterbungen seien in den test. parent. int. lib. zulässig; das Gesetz spreche nicht bloß von der Möglichkeit einer Erbeinsetzung der Kinder, sondern bestimme, was die Eltern zu beobachten hätten, wenn sie ohne die gewöhnlichen Formalitäten eine letztwillige Disposition unter ihren Kindern treffen wollten. Dazu gehöre unter Anderem auch die Einsetzung der Kinder; sei diese aber erfolgt, so habe die Verfügung die Bedeutung eines eigentlichen Testaments, und es komme nunmehr, in Ermangelung besonderer gesetzlicher Einschränkungen, für die Wirkung desselben nicht weiter in Betracht, daß es ein privilegirtes, oder nicht schon nach gemeinrechtlichen Erfordernissen giltiges Testament sei. Vergl. auch Nov. 115. c. 3.

Von selbst verstehe es sich übrigens, daß die Enterbung des einzigen Kindes des Testators in diesem Testamente nicht möglich sei, da zu dessen Rechtsbestand erfordert werde, daß wenigstens Ein Kind eingesetzt werden müsse. Auch müßten natürlich die Enterbungen vom Testirer eigenhändig geschrieben werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 210 f.
Köchy, Medit. Bd. 1. Nr. 11.
Frankenfeld, de discrim. inter divis. et test. par. int. lib. p. 30. not. v.
Schröder, de privil. par. inter liberos disp. §. 17.
Euler, de test. et divis. par. int. lib. §. 69.
Müller, de test. par. int. lib. priv. §. 23.
Höpfner, Institut. §. 460.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1386. Nro. II. 2.
Thibaut, System §. 845.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 7. Nr. 379.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Francke, Notherbenrecht S. 403.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 18. sub 11.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 856.

Vergl. Präj. 1 zu Controv. 6.

XIX.

Streitig ist, ob Vermächtnisse an extranei durch das testam. parent. int. lib. angeordnet werden können.

Einige meinen, die Frage sei zu bejahen, und es reiche hin, daß der Testator die Vermächtnisse entweder eigenhändig geschrieben, oder eine Erklärung vor Zeugen angeordnet habe. Denn die wörtliche Uebersetzung der Novelle bestimme zwar: wenn der Testirer seiner Gattin oder dritten Personen Legate — hinterlassen will, so soll dies — falls es eigenhändig geschrieben und von dem Testirenden vor Zeugen ausgesprochen ist — kräftig sein u. s. w. Allein in der daraus entnommenen Auth. Quod sine subscriptione ad L. 21 C. de test. geschehe der Zeugen überall keine Erwähnung, sondern diese laute so, als ob bloß die eigenhändige Schrift des Testators zur Anordnung solcher Vermächtnisse genüge.

Haenel, dissens. domin. p. 183.
Schilter, praxis jur. R. exerc. 38. th. 125.
v. Bülow, Abhandl. über einzelne Theile des röm. Rechts Bd. 1. S. 191.

Andere meinen, man müsse sich an die Worte der Novelle halten, und danach sei für die Berücksichtigung von extranei dem allgemeinen Erforderniß eigenhändiger Ernennung der Honorirten noch das Erforderniß von Zeugen hinzugefügt, daher sei auch sogar ein legatum ad pias causas, wenn die Disposition ohne Zeugen errichtet worden, ungiltig. Die Schlußworte der Nov. 107. c. 1: *ἀλλὰ τούτῳ μόνον διαλλαττέτω, τῷ τὴν αὐτοῦ δεξιάν τε καὶ γλῶτταν ἔχειν τὴν πᾶσαν ἰσχὺν τῷ χάρτῃ παρεχομένην* sagten ausdrücklich, daß es der anderen Testamentssolennitäten nicht bedürfe, sondern die rechte Hand (des Testators, womit er schreibt) und die Sprache (die Erklärung vor Zeugen) der Niederschrift alle Kraft verleihe. Es sei hierin unzweideutig ausgesprochen, daß die Gewißheit des Willens des Testirers genüge, und wenn hier außer der eigenhändigen Niederschrift auch die Erklärung vor Zeugen verlangt werde, so liege eben in dieser vermehrten Förmlichkeit der Unterschied der Anordnung von Vermächtnissen zu Gunsten dritter Personen von dem die Kinder allein betreffenden Inhalte der Verfügung, wo bloß eigenhändige Niederschrift ohne Zuziehung von Zeugen genüge.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 858.
Becker, Samml. merkw. Rechtsf. Th. 3. S. 349.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 213.

Uebrigens bedürfe es keiner weiteren Formalität, namentlich weder der Unterschrift noch der Besiegelung der Zeugen.

Mühlenbruch, l. c. S. 213.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 31. §. 2.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern S. 66.

Vergl. das Präjudiz zu Controv. 6.

XX.

Unter den Anhängern der Ansicht, daß zur Giltigkeit der Legate an extranei die Zuziehung von Zeugen erforderlich sei, herrscht Streit, wie viel Zeugen zuzuziehen seien.

Einige meinen, es genügten zwei Zeugen. Nach der Erklärung der Schlußworte der Nov. 107. c. 1 (siehe die vorige Controv.) genüge die Gewißheit des Willens des Testators, es seien also nur Beweiszeugen erforderlich und dazu seien zwei Zeugen hinreichend, L. 12. L. 21 D. de testib. 22, 5. Vgl. Notar.-Ordn. Tit. von Testamenten §. 2.

Hagemeister, de legatis extraneo in test. par. int. lib. relictis.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 1. S. 192.
Müller, de test. par. int. lib. §. 20.
Leyser, sp. 367. m. 6.
Müller ad Leyser, obs. 568. p. 31.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 858.
Cocceji, jur. civ. contr 29. 1. qu 9.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.

Und soll angeblich diese Ansicht in der Praxis angenommen sein.

Höpfner, Instit. §. 460 a. E.

Andere verlangen fünf Zeugen; dieses sei die Codicillarform, und die Novelle könne, indem sie über die Zahl der Zeugen nichts bestimme, bloß von den Codicillarzeugen verstanden werden. Denn eine gesetzliche Bestimmung müsse im Zweifel nach der Natur des Instituts, worauf sie sich beziehe, erklärt werden und das römische Recht erfordere zu testamentarischen Handlungen stets mehr als zwei Zeugen.

Höpfner, Institut. §. 460. Not. 13
Kochy, Medit. Bd. 1. Nr. 12.
Stryk, de cautela test. c. 10. §. 22.
Thibaut, System §. 845.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 31. §. 4.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.
Walch, controv. p. 229.
Mackeldey, Lehrb. §. 648.
Sintenis, Civilr. §. 170. Not. 18.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 594.

Diese Ansicht soll angeblich unter den Rechtslehrern den meisten Beifall gefunden haben.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 213 und die Not. 44 das. Angef.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, erfordern aber, daß die Zeugen ihren Namen auf die Urkunde setzen müssen.

Roßhirt, Erbrecht §. 87. S. 487.

Andere verlangen sieben Zeugen, weil die Verfügung ein Testament und kein Codicill sei, und nur bei Einsetzungen von Kindern die Zeugen überhaupt nicht erforderlich seien. Wenn daher der Gesetzgeber zur Giltigkeit anderer Verfügungen in solchem Testamente Zeugen verlange, so sei dabei vorauszusetzen, daß nicht schon die Anzahl von Zeugen genügen solle, welche für ein Codicill erforderlich sei.

Wernher, select. comment. 19. 1. p. 701.
Fritz, Versuch einer Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern S. 69

XXI.

Streitig ist, ob auch ein in einem Testamente der Eltern unter Kindern der Ehefrau ausgesetztes Vermächtniß nicht anders giltig sei, als wenn solches vor fünf Zeugen geschehen ist.

Einige meinen, es bedürfe der fünf Zeugen nicht, arg. L. 38 D. de fideic. libert.

Cojacius in exposit. Nov. ad Nov. 107.

Andere meinen, daß die Nov. 107. cap. 1 in den Worten: „si tamen aut uxori aut extraneis personis“ die Ehefrau unter den extraneis aufführe, und daß deshalb zur Giltigkeit des Vermächtnisses an sie fünf Zeugen erforderlich seien.

Carpzov, Part. 3. const. 4. def. 19. Nro. 6.
Stryk, cautela test. cap. 10. §. 22.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. Nr. 199.

XXII.

Die Aufhebung eines testam. parent. inter liberos kann nach Nov. 107. c. 2 nur dadurch erfolgen, daß der Testator seine Absicht, seinen Willen zu ändern, vor sieben Zeugen erklärt, und demnächst ein neues vollständiges oder feierliches Testament errichtet.

Man streitet über den Sinn und die Anwendbarkeit dieser Gesetzstelle.

Einige beschränken die Anwendbarkeit des Gesetzes

auf den Fall, wenn in der neuen Verfügung dritte Personen zu Erben eingesetzt oder wenigstens mit Vermächtnissen bedacht werden. Hierfür wird angeführt:

1) daß der Kaiser ausdrücklich bestimme, wer seinen in dem privilegirten Testamente ausgesprochenen Willen ändern oder aufheben wolle, solle dies in einem förmlichen Testamente thun;

2) daß auf dieselbe Weise, wie etwas entstehe, es auch wieder müsse aufgehoben werden können.

3) Wenn in der Auth. Hoc inter liberos C. de test. ohne weitere Beschränkung gesagt sei: Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret etc., so müsse diese Auth. aus dem Inhalte der Nov. 107. c. 2, woher solche entnommen sei, erklärt werden, und letzteres Gesetz verlange, wie die Wortfügung desselben zeige, die Zuziehung von sieben Zeugen nur dann, wenn es die Eltern gereuen sollte, bloß unter ihren Kindern testirt zu haben, und sie nun ein ganz verschiedenes, nicht bloß die Kinder, sondern auch Fremde betreffendes Testament machen wollen.

Lauterbach, coll. th. pract. P. 29. 1. §. 36.
Voet, Comm. 29. 1.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 3. Nr. 18. S. 124 f.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 2. Nr. 13.

Andere meinen, der klare Wortlaut der Nov. 107. c. 2 stehe der gegenseitigen Annahme entgegen. Strenge genommen würde selbst der durch ein neues öffentliches Testament erfolgte Widerruf des früheren testam. par. inter liberos für genügend nicht geachtet werden können, da der Gesetzgeber ohne Zweifel bei dem neuen Testamente an ein vor sieben Zeugen errichtetes Privattestament gedacht habe; indessen sei heutzutage als feststehend anzunehmen, daß ein öffentliches Testament in dieser Beziehung nicht weniger Wirkung habe, als ein Privattestament, arg. L. 19 C. de testib.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 859.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 216 f.

und ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen könne dem Testamente seine Kraft ja auch nicht nehmen. Dagegen lasse sich die Anwendung der allgemein rechtlichen Bestimmung, daß ein Testament, **wenn es zehn Jahre alt ist**, vor drei Zeugen widerrufen werden könne, vertheidigen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 219. Not. 52.

Andere meinen, in der Praxis sei die in den Lehrbüchern häufig aufgestellte Meinung, daß selbst ein späteres solennes Testament, ohne Beifügung der clausula cassatoria, nicht genüge, sondern schlechterdings ein ausdrücklicher Widerruf erforderlich sei, nicht angenommen.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 600.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 11. S. 195.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1386.
Schlüter, jurist. Zeitschr. für Hannover Bd. 4. H. 2. S. 66.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.

Andere unterscheiden, ob die Eltern in dem neuen Testamente entweder bloß ihre Kinder zu gleichen oder zu ungleichen Theilen eingesetzt haben; in dem ersteren Falle solle das neuere Testament keiner weiteren Solennitäten bedürfen, als das ältere aufgehobene Testament bedurft habe, im zweiten Falle sei die Zuziehung von sieben Zeugen und die derogirende Clausel unumgänglich erforderlich.

Stryk, de cautela testam. cap. 24. §. 19.

XXIII.

Daß ein feierliches Testament durch ein privilegirtes aufgehoben werden könne, ist nach römischem Rechte unzweifelhaft.

Streitig ist aber, ob die Not.-Ordnung „von Testamenten" §. 2 hiervon Etwas abändere.

Einige verstehen die Worte der Not.-Ordn., womit die Zulässigkeit der privilegirten Art zu testiren bedingt wird, nämlich: „im Fall, da kein ander ihr Testament zuvor gemacht" dahin, daß ein solennes Testament durch ein solches testamentum imperfectum, wie man es wohl nennt, nicht außer Kraft gesetzt werden könne. Diese Ansicht stützt sich darauf, theils daß in Nov. 107. c. 2 zu einem solchen Testamente sieben Zeugen erfordert würden, theils auf die Regel der L. 35 u. L. 153 D. de reg. jur.

Rivinus, de testam. parentum priv. solenni prius cond.
Claproth, Abhandl. v. Testam. §. 48.
Haissler, an et quatenus test. par. int. lib. aliud test. anterius rumpat.
Thibaut, System §. 845.
Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.

Andere meinen, überwiegende Gründe sprächen für die Ansicht, daß ein solennes Testament allerdings durch ein solches testamentum imperfectum außer Kraft gesetzt werden könnte; denn der feierliche oder unfeierliche modus testandi sei nun einmal gesetzlich in die Willkür der Eltern gestellt, und es stehe daher der Regel, daß das frühere Testament durch das spätere aufgehoben werde, nichts entgegen, L. 29 D. ad SC. Trebell. §. 2 u. 3 Inst. 2. 17. Es werde nur nach L. 2 D. 28, 3 erfordert, daß das testamentum posterius rite perfectum sei, oder ein besonderes Privilegium für sich habe; auch spreche für diese Meinung die Analogie des test. militis, durch dessen unfeierliches Testament auch das frühere feierliche aufgehoben werde.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 22. not. 9.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 600.
v. Bülow, Abhandl. Th. 2. Abh. 14. S. 127.

Präjudiz 1.

Das OAG. Celle rescribirte, nachdem die Justizcanzlei am 28. Dec. 1822 erkannt hatte:

daß, da nicht nachgewiesen ist, daß das von dem . . . am 26. März 1751 errichtete Testament einer gerichtlichen Behörde übergeben ist, auch dieses Testament, weil in demselben der Testator ein älteres von ihm gerichtlich errichtetes Testament wieder aufgehoben hat, als ein testamentum parentum inter liberos zu Recht nicht bestehen kann,

am 23. Sept. 1823 Folgendes:

— — Nachdem jedoch jenes vom Imploraten hinsichtlich seiner Aechtheit anerkannte Testament vom 26. März 1751 alle Erfordernisse eines giltigen testam. patris inter liberos an sich trägt, Testator auch in selbigem mehrfach seine Absicht erklärt hat, ein solches errichten zu wollen, und selbigem die Co-

dicillarclausel einverleibt hat, ferner es der Gültigkeit dieses privilegirten Testaments nicht entgegensteht, daß dadurch ein früheres gerichtliches Testament vom 11. Oct. 1744, sowie ein gerichtliches Codicill vom 9. April 1749 wiederum aufgehoben worden ist, — —

Juristische Zeitung für Hannover Jahrg. 1829. Septbr. S. 66 f.

Vergl. auch das Präj. zu Controv. 6.

XXIV.

Während die Novellen bloß von schriftlichen Testamenten der Eltern unter Kindern handeln, sagt die Notariats-Ordnung §. 2: – zu einem Testament seien sieben Zeugen nöthig, aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen — da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween. Weiter enthält das Gesetz über das testamentum par. inter liberos nichts.

Streitig ist nun, wie rücksichtlich der mündlich errichteten Testamente das Verhältniß dieser Vorschrift zu dem Justinianischen Rechte zu bestimmen sei.

Einige meinen, die Notariats-Ordnung erfordere außer den von Justinian vorgeschriebenen Solennitäten zu einem test. privilegiatum parentum die Zuziehung von zwei Zeugen; ein mündlich errichtetes Testament sei mithin auch nach diesem Gesetze nicht möglich. Man hält sich hierbei an die Grundsätze über strikte Interpretation singulärer und correctorischer Gesetze: Privilegien seien nicht auszudehnen und correctorische Gesetze im Zweifel so zu erklären, daß sie sich so genau als möglich an das bisherige Recht anschlößen, was hier um so mehr anzunehmen sei, als der Kaiser Maximilian ausdrücklich auf die Befolgung des römischen Rechts im Eingange hinweise.

Schröder, de privilegiatis parent. inter liberos dispos. p. 26.

Andere meinen, ein mündliches Testament vor zwei Zeugen sei zulässig, es sei aber auch zu einem schriftlichen Testamente außer der Beobachtung der Justinianischen Vorschriften die Zuziehung von zwei Zeugen in der Notariats-Ordnung vorgeschrieben. Man beruft sich darauf, daß im Eingange des Gesetzes von mündlichen und schriftlichen Testamenten die Rede sei, mithin auch die nachher genannten Erfordernisse nicht auf eine Art derselben beschränkt werden dürften.

Müller, de testam. privileg. parentum inter liberos §. 27.
Roßhirt, Testam. Erbrecht Bd. 1. S. 465.

Andere meinen, es genügten zu einem Testamente der Eltern unter Kindern, dem schriftlichen wie dem mündlichen, zwei Zeugen, ohne daß weitere Solennitäten erfordert würden. Denn die Notariats-Ordnung habe den Zweck, die Notarien zu instruiren, wie sie Testamente abfassen sollten. Zu diesem Behufe zähle die Notariats-Ordnung die Erfordernisse auf, bemerke aber in Beziehung auf eines dieser Erfordernisse, die Zuziehung von sieben Zeugen, daß ausnahmsweise etwas nachgelassen sei, ohne diese Ausnahme an besondere Bedingungen zu knüpfen; auch in dem §. 7, wo von dem schriftlichen Testamente gesagt werde, es sei gleichgiltig, ob der Erblasser oder ein Anderer es geschrieben, werde mit keinem Worte erwähnt, daß es in unserem Falle anders sei. Wäre das Gegentheil beabsichtigt, so würde der Gesetzgeber die Notarien, statt sie über die rechte Art einer Testamentserrichtung zu belehren, durch sein Stillschweigen irre leiten.

Fritz. Versuch der Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter Kindern §. 40.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 482.

Andere meinen, die Notariats-Ordnung habe nichts Neues bestimmt, sondern die Vorschrift derselben beziehe sich nur auf die am Schluß des cap. 1 der Nov. 107 erwähnte Einmischung dritter Personen. Hiernach solle denn Folgendes verordnet sein: sofern überall Zeugen bei diesem Testamente nöthig sind, genügen zwei, — wodurch also im Grunde nur die in der Nov. schon liegende Vorschrift wiederholt werde.

v. Bülow, Abhandl. Bd. 1. S. 200.

Andere meinen, die Form des testam. parent. inter liberos sei wesentlich schriftlich; wenn man aus der Notariats-Ordnung den Schluß ziehen wolle, ein mündliches, vor zwei Zeugen errichtetes Elterntestament reiche hin, so sei dies eine irrige Bezeichnung der in diesem deutschen Gesetze genannten zwei Zeugen; diese bezögen sich nur auf den Fall, daß in dem Testamente, außer der Einsetzung der Descendenten, einem Fremden etwas vermacht sei.

Schweppe, röm. P.-R. §. 820.
Faber, err. Pragm. dec. 36. err. 4.
Walch, controv. p. 227.
Müller ad Leyser. obs. 569.

Andere und zwar die Meisten meinen, daß die Notariats-Ordnung ein neues Testamentsprivilegium, nämlich die Befugniß der Eltern, mündlich vor zwei Zeugen zu testiren, eingeführt, in Ansehung des schriftlichen testam. privil. parentum inter liberos aber an der Vorschrift des Justinianischen Rechts nichts geändert habe; denn es sei nicht anzunehmen, daß ein bloß correctorisches Gesetz eine Bestimmung des früheren stillschweigend aufhebe, falls dies nicht mit Nothwendigkeit aus dem sonstigen Inhalte folge; ebenso habe Maximilian eine Erleichterung für testirende Eltern einführen wollen; endlich sei es unwahrscheinlich, daß er zwei verschiedene Formen für schriftliche privilegirte Testamente der Eltern habe anerkennen wollen. Vgl. auch §. 7 der Notariats-Ordnung von Testamenten mit §. 5.

Euler, de testam. et divis. parentum inter liberos §. 53.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 224.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 861.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 21.
Höpfner, Institut. §. 460.
Göschen, Vorlef. Bd. 5. §. 902. Nr. 3.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. Med. 193 und 266.
Thibaut, System §. 845.
Mackeldey, Lehrb. §. 648. Not. a.

Präjudiz 1.

Die Bestimmung der Notariats-Ordnung von 1512 (Abschnitt von Testamenten §. 2):

„Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da kein ander ihr Testament, zuvor gemacht, abgethan würde — da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen, bis auf zween Zeugen,“

hat die Streitfrage hervorgerufen, ob dieses Erfarderniß der Zuziehung der zwei Zeugen auf mündliche Testamente sich beschränken, aber auch auf schriftliche sich beziehen solle? — Nach der richtigen Ansicht ist die Zuziehung von Zeugen nur für mündliche Testamente dieser Art erfordert; denn bei dem römisch-rechtlichen schriftlichen testamentum inter liberos kommen gar keine Zeugen vor, es war daher bei diesem an Zeugen nichts — nachzulassen. — Diese Ansicht hat das

OAG. zu Cassel

in Beurtheilung mehrerer Rechtssachen adoptirt.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 70.

Präjudiz 2.

In einem Erk. des LG. zu Wolfenbüttel v. 7. März 1833, in S. Reinert c. Oppermann, heißt es:

. . . und da,

1) wenn auch nach der Notariats-Ordnung Kaiser Maximilian's von 1512. Tit. 2 von Testamenten §. 2 zur Errichtung eines Testaments der Eltern unter Kindern, wenn solche mündlich geschieht, die Zuziehung von zwei Zeugen genügt,

Thibaut, System §. 708.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 688. not. g.

dennoch diese Vorschrift, welche, weil nach Justinian's Verordnung in

Nov. 107. c. 1.

die Errichtung eines solchen Testamentes nur schriftlich geschehen soll, als lex derogataris erscheint, eine ausdehnende Interpretation nicht zuläßt, und folglich auf die divisio paterna inter liberos nicht anzuwenden ist, bei einer solchen divisio aber die Gesetze

Nov. 18. c. 7.
Nov. 107. c. 3.

zu ihrer Giltigkeit ausdrücklich erfordern, daß sie nicht durch sofortige Tradition der zu vertheilenden Sachen oder vertragsmäßig, sondern durch eine einseitige Dispasition der Eltern geschieht, diese schriftlich verfaßt und von den Eltern oder den Kindern eigenhändig unterschrieben werden muß;

2) Kläger den, Namens seiner Frau, gegen den Verklagten geltend gemachten Anspruch lediglich auf die in seiner Klage ausgehabene Dispasition seines Schwiegervaters gestützt hat, diese Dispasition aber als ein Testament um deswillen nicht angesehen werden kann, weil darin keine Erbeinsetzung enthalten ist, und ohne eine solche (caput atque fundamentum totius testamenti)

cf. §. 34 Inst. de leg.

kein Testament errichtet werden kann;

hiernach vielmehr

3) in jener Disposition, als über das Erbrecht nicht, sondern nur über einen Theil des Vermögens verfügend, nur eine divisio paterna, bei welcher übrigens die Intestaterbfolge eintritt, gefunden werden mag, und die zur Giltigkeit einer solchen erforderlichen gesetzlichen Förmlichkeiten dem Obigen gemäß nicht enthalten sind, folglich dieselbe nichtig erscheint, und Kläger daraus einen Anspruch seiner Frau nicht herleiten kann,

so wird &c. abgeschlagen.

XXV.

Unter den Anhängern der gemeinen Meinung, daß auch mündliche Testamente der Eltern unter Kindern vor zwei Zeugen errichtet werden können, herrscht Streit, ob die zu adhibirenden Zeugen nur die Requisite der Beweiszeugen im Allgemeinen, oder der Solennitätszeugen haben müssen.

Einige halten die Zeugen für Solennitätszeugen. Denn das Gesetz bestimme, unter Hinweisung auf das römische Recht, die Erfordernisse eines zu Recht beständigen Testamentes, und so denn namentlich auch die Zahl der Zeugen. Denn der Regel nach müßten ja nach kaiserlichen Rechten sieben Zeugen, also Solennitätszeugen, zu Testamentserrichtungen zugezogen werden, und nur für das testam. parentum inter liberos werde „solche Zahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween". Hiernach würde an den übrigen Erfordernissen der Zeugen Nichts nachgelassen oder geändert und nur ihre Zahl auf zwei vermindert.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 226.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 861.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 593.

Andere halten nur Beweiszeugen für erforderlich, weil ja nur die mündliche Erklärung des Testirers nachgewiesen zu werden brauche:

Hellfeld, jurisprud. for. §. 1482.
Hagemeister, de legatis extranea in test. par. inter liberos ret.
Müller, de test. par. int. lib. priv. §. 20.
Müller ad Leyser. obs. 568. pag. 31.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1388.
Günther, princ. §. 381. A. 4.
Hartitzsch, Erbrecht §. 403 a. E.

ja sogar das mündliche Testament der Eltern unter Kindern sei giltig, wenn es vor einem Zeugen errichtet sei, und der Erbe das suppletorium schwören würde.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1482. not. z.
v. Bülow, Abhandl. Bd. 1. S. 201.

Andere lassen es genügen, wenn der Erblasser vor zwei Personen zu verschiedenen Zeiten seinen Willen zu erkennen gegeben habe.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 4.
Schmidt, hinterlass. Abhandl. prakt. Rechtsmat. Th. 2. S. 26.

Präjudiz 1.

Wenn schon die Praxis auf den Grund der Notariats-Ordnung von 1512 im Titel van Testamenten §. 2 das Princip angenommen hat, daß ein Testament der Eltern unter Kindern an keine Förmlichkeiten gebunden sei, sobald die nur mündlichen Bestimmungen solcher letztwilligen Verfügungen durch Zeugen erwiesen werden könnten,

v. Bülow, Abhandl. Th. 1. S. 198 f.

so ist dieser Grundsatz im Bauernrechte noch weiter ausgedehnt und eben nach salchen van den Obergerichten des hiesigen Landes befolgten Grundsätzen wird die von einem Bauer, dem der Hof gehört, sei es der Vater oder die Mutter, erklärte Bestimmung desjenigen seiner Kinder, der als Anerbe den Naturalbesitz des Hofes haben soll, für rechtsgiltig angenommen, sobald sie auf ernstlicher Absicht beruhet und in der Maaße, wie es überhaupt nach den Regeln des Processes nöthig ist, erwiesen werden kann, auch selbst dann, wenn sie als einzelne Disposition dasteht und die sonst zur vollständigen Regulirung der Nachfolge in einen Bauerhof gehörende Anordnung der Abfindungen für die übrigen Kinder und des Altentheils nicht zugleich getroffen worden ist.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vam 2. Jan. 1834, in S. Amme c. Amme.
Vergl. Erk. in S. Bethge c. Bethge vom 13. Jan. 1834, bestätigt vom OAG.; desgl. Decr. reject. in Sachen Samse c. Samse vom März 1836.

Testamentum posterius imperfectum.

I.

Streitig ist, worin das sogenannte testamentum posterius imperfectum (L. 2 D. de inj., rupt. test. 28, 3 und L. 21. §. 3 C. de test. 6, 23) eigentlich bestehe.

Die älteren Juristen nehmen an, daß in der L. 2 u. der L. 21 cit. eine besondere Art privilegirter

Testamente gebildet sei, insofern als Jemand in einem früheren Testamente seine Intestaterben ausgeschlossen, sodann ein neues Testament gemacht und in diesem seine Intestaterben eingesetzt habe. Solches spätere Testament solle auch dann gelten und das frühere Testament rumpiren, wenn nur fünf Zeugen dabei zugegen wären. Als Grund dieser Vorschrift wird die Gunst des Erblassers gegen seine Intestaterben angegeben. Folgende Gründe werden für diese Ansicht angeführt:

1) Nach dem früheren Rechte sei das testamentum posterius imperfectum zu Gunsten der Intestaterben entschieden ein wahres Testament gewesen, L. 2 D. de inj., rupt. 28, 3; es sei demnach die Theodosische Verordnung L. 21. §. 5 C. de test. nach bekannten Regeln so auszulegen, wie sie am wenigsten von dem bisherigen Rechte abweiche. Wenn man demnach den Worten: eo enim casu — videantur extranei den Sinn unterlege, es solle das Testament, wenn es nur vor fünf Zeugen errichtet sei, als Testament gelten, gerade wie ja auch ein Intestatcodicill vor fünf Zeugen errichtet werden könne, so bestehe die einzige Aenderung darin, daß Theodos die Codicillarform an die Stelle der Form des prätorischen Testamentes gesetzt habe.

2) Die secunda voluntas könne nicht als Codicill gedacht werden, erstens weil der Erblasser nicht beabsichtigt habe, ein Codicill zu errichten, und zweitens weil durch ein Codicill ein Testament nicht aufgehoben werden könne.

Hellfeld, jurispr. for. §. 1430.
Höpfner, Instit. §. 463.
Müller, promtuar. T. XI. p. 6736.
Malblanc, princip. §. 721.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 689.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 364 f. Bd. 42. S. 2.
Roßhirt, testam. Erbrecht §. 88. Not. 3.

Andere meinen, daß ein solches sogenanntes testamentum posterius imperfectum kein eigentliches Testament, sondern ein an die Intestaterben gerichtetes Codicill sei, in welchem diese zwar zu ungleichen Theilen eingesetzt, aber nicht einzelne von ihnen ausgeschlossen werden könnten, sowie auch Pupillarsubstitutionen, Enterbungen, Vormundschaftsernennungen darin nicht vorkommen dürften. Die Gründe für diese Ansicht sind folgende:

Die L. 21. §. 5 cit. sei ursprünglich ein Theil einer Novelle gewesen (Nov. Theodos. II. tit. 16 de test. const. 1. §. 7). Wolle man dieses Gesetz aus sich selbst erklären, so seien folgende drei Punkte zweifellos. Im Gesetze nämlich sei nur von einer schriftlichen voluntas secunda die Rede, der Erblasser müsse die Absicht gehabt haben, diese Urkunde zu einem Testamente zu erheben, und sie müsse endlich eine scriptura imperfecta geblieben sein. In §. 5 der Theodosischen Novelle werde nun gesagt: non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. Dieser Begriff eines imperfectum testamentum als eines non subscriptum a testibus atque signatum müsse also hier zum Grunde gelegt werden. Wenn daher der Kaiser, damit diese imperfecta scriptura in Kraft trete, außerdem quinque testium juratorum depositiones fordere, so seien diese fünf Zeugen mit einer solchen imperfecta scriptura in Verbindung zu bringen. Um dieses thun zu können, müsse der Hergang folgendermaßen gedacht werden: Der Erblasser will ein zweites Testament errichten; er zeigt den zu diesem Zwecke rogirten Zeugen die Urkunde mit der Erklärung vor, daß dieses sein Testament sei; die Zeugen aber unterschreiben und untersiegeln nicht, entweder weil die Testamentshandlung durch den Tod des Testators oder aus sonst einem Grunde unterbrochen wird. In einem solchen Falle soll nun das früher errichtete Testament seine Kraft verlieren, und die secunda voluntas in Kraft treten, sofern fünf Zeugen über den Hergang aussagen. — Diese secunda voluntas könne aber nur als Intestatcodicill zur Geltung gelangen. Die Worte: eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus, ließen gar keine andere Deutung zu, als daß dieser zweite Wille nicht in der Eigenschaft als Testament (non quasi testamentum), sondern in der Eigenschaft als voluntas ultima intestati gelten solle. Es werde deshalb in dem weiteren Verlauf der Constitution die Urkunde niemals ein Testament, sondern nur die secunda voluntas, die imperfecta scriptura genannt. Daß dieselbe die Kraft, das frühere Testament aufzuheben, besitze und ohne Beifügung der Codicillarclausel und ohne die gewöhnliche Codicillarform doch als Codicill aufrecht erhalten werde, seien Abweichungen vom gemeinen Rechte; allein es seien dies Produkte der kaiserlichen Willkür, ebenso wie die übrigen Testamente und Codicille.

v. Vangerow, Pand. §. 460.
Puchta, Lehrbuch §. 483.
Puchta, Vorles. II. S. 361.
Schweppe, röm. P.-R. §. 870.
Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 173.
Mackeldey, Lehrb. §. 677.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 477.
Thibaut, System §. 849.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 670.
Fein in Glück's Pand. Bd. 45. S. 237.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 952 (wo auch die Widerlegungen der älteren Ansicht sich finden).

Andere wollen zwar gleichfalls Eintritt der Intestaterbfolge annehmen, jedoch die secunda voluntas kein Intestatcodicill nennen; es sei vielmehr eine eigenthümliche letzte Willenserklärung, welche mit einem Testamente die meiste Aehnlichkeit habe; denn sie habe nach der Absicht des Disponenten ein Testament sein sollen, der Gesetzgeber habe ihr die Kraft eines Testamentes beigelegt, insofern als sie das frühere Testament aufhebe; sie führe endlich eine Universalsuccession herbei, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß in dem zweiten letzten Willen nicht der Grund, sondern nur die entferntere Veranlassung zu dieser Universalsuccession liege, indem die darin berufenen Erben nicht vermöge ihrer Einsetzung, sondern kraft ihres durch das frühere Testament vernichteten, durch die zweite Disposition aber wiederhergestellten gesetzlichen Erbrechts succediren.

Pfotenhauer in Gießer Zeitschr. Bd. 16. S. 12.

Andere legen der secunda voluntas zwar die Kraft bei, das frühere Testament aufzuheben, wollen sie aber weder als Testament noch als Intestatcodicill angesehen wissen, so daß also bloß eine besondere Art, ein Testament zu widerrufen, vorläge. Denn Erbeinsetzungen könnten in einem Codicille nicht angeordnet werden, und ein Testament ohne Codicillarclausel könne nicht als Codicill aufrecht erhalten werden.

Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 671.

Andere schließen sich zwar der letztern Ansicht (von Witte) an, allein weichen insofern ab, daß, wenn die imperfecta scriptura und ihre Solennisirung so weit vollendet worden, daß sie die Merkmale eines wahren Codicills an sich tragen würde, sie auch ihrem ganzen Inhalte nach als solches gelten würde.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 38.

Die Gründe dieser Ansicht sind: Bei unbefangener Prüfung des §. 5 der L. 21 cit. sage dieser formell und materiell nichts weiter als dieses: Ein richtiges giltiges Testament kann durch ein späteres nur dann aufgehoben werden (non aliis infirmari decernimus), wenn dieses ebenfalls vollständig solennisirt ist. Eine Ausnahme hiervon (nisi forte) solle stattfinden, wenn im früheren Testamente andere Personen als die Intestaterben eingesetzt waren, im späteren Testamente aber der Testator diese einsetzen wollte (eos scribere instituit) und durch einen Zufall das Testament nicht vollständig zu Stande gekommen ist; dann nämlich solle diese unvollendete Scriptur das frühere Testament dennoch aufheben, und diese secunda voluntas non quasi testamentum, sed quasi voluntas ultima intestati valere. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt. Die Kraft dieser ultima vol. bestehe aber nur im Rumpiren des früheren Testaments, sie sei negirend, aufhebend, u. s. w.

Sintenis, Civilrecht §. 179. Not. 38.

Hiergegen vergleiche

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 956.

II.

In der L. 21. §. 5 C. de test. heißt es: in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt. Man streitet, was unter den testium juratorum depositiones zu verstehen sei.

Einige meinen, daß diese Worte nicht auf die Entstehungsform des sogenannten testamentum posterius imperfectum, sondern auf den Beweis zu beziehen seien. Denn der Ausdruck testium depositiones könne seiner wörtlichen Bedeutung nach nicht füglich anders heißen, als was wir nennen: „Zeugenaussage" — eine Angabe der Zeugen über das, was sie wissen. Vergl. L. 3 C. si minor se major. dixer. 2, 43. Der Kaiser habe also den Gedanken: „es müssen fünf tüchtige Zeugen zugezogen werden," so ausgedrückt: es sollen hierbei aber die eidlichen Angaben von fünf Zeugen genügen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 396.

Andere meinen, durch die hervorgehobenen Worte solle nur die Besonderheit angezeigt werden, daß solche Dispositionen, wenn die fünf Zeugen ihre Angaben eidlich bestärken, ein älteres Testament rumpiren sollten.

Thibaut, System §. 849 a. E.
Haimberger, röm. P.-R. Bd. 3. §. 357.

Andere meinen, die Worte bezögen sich auf die Entstehungsform; eine Beeidigung der Zeugen also gehöre zur Form der Disposition selbst.

Marezoll im Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. von Grolmann und Löhr Bd. 4. S. 273.

Andere, welche die Ansicht vertreten, daß die ultima voluntas weder Testament noch Codicill sei, sondern nur einen besonderen Act, ein früheres Testament zu widerrufen, bedeute, verstehen unter den depos. testium juratorum die beschworenen Aussagen von fünf Zeugen, im Gegensatz von solennen Testaments- oder Codicillzeugen, welche bei der Solennisirung doch nie zu schwören brauchten.

Sintenis, Civilr. §. 179. Not. 38.
Witte im Rechtslexikon Bd. 2. S. 671. Not. 8.

Testamentum rure confectum.

Sam. Stryk, diss. de testamento rusticorum.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. Nr. 15.
Fritz in Gießer Zeitschr. Bd. 5. Nr. 2.
Emminghaus im civil. Archiv Bd. 19. Nr. 9.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 245 f.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 15.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 825 f.

I.

Das Privilegium des sog. testamentum rure conditum ist in L. ult. C. de testam. im J. 534 eingeführt; nachdem nämlich der Kaiser bestimmt hat, daß in Städten alle Solennitäten zu beobachten seien, fährt er fort: In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur, ut unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniuntur literati, septem testes sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhibere jubemus; minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus, aut duo, vel plures fuerint literati, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime, quam vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant etc.

Worin nun das alte Gewohnheitsrecht, welches der Kaiser bestätigt, bestanden habe, wird nicht angegeben.

Streitig ist nun, ob dies Gewohnheitsrecht noch neben den im Gesetze enthaltenen Bestimmungen habe bestehen, oder ob diese haben an dessen Stelle treten sollen.

Einige meinen, Justinian habe die bisherigen Gewohnheiten bestätigt, zugleich aber bestimmt, daß außer den Formen, welche die Ortsgewohnheit mit sich bringe,

auch noch die im Gesetze enthaltenen Vorschriften beobachtet werden sollen; von allgemeinen oder überall gleichförmigen Gewohnheiten sei nicht die Rede, sondern von localen Gewohnheiten. Dies ergebe sich aus der Synops. Basil. p. 324, aus welcher die Basil. 35, 2. c. 25 restituirt sei, und worin von Ortsgewohnheit die Rede sei. Die praktische Anwendbarkeit des Grundsatzes, daß neben der gesetzlich bestimmten Form auch noch die gewohnheitsrechtliche zu beobachten sei, werde mithin durch unsere Unbekanntschaft mit den Gewohnheiten, worauf der Gesetzgeber hinweise, nicht gehindert; es komme auf die gewohnheitsrechtliche Form eines jeden Orts auf dem Lande an, und diese sei dann mit der im Gesetze bestimmten Form zu verbinden. Hiernach sei die Frage beantwortet, ob auf dem Lande neben der Unterschrift der Zeugen auch noch eine Untersiegelung und Besiegelung, ferner ob die Unterschrift des Testirers selbst, ob unitas actus, temporis nothwendig sei.

Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. S. 305—315.

Andere meinen, die antiqua consuetudo, deren zu Anfang gedacht werde, sei bedeutungslos, und sei nur so zu verstehen, daß sie in irgend einer Abweichung von der ordentlichen Testamentsform, vielleicht in der geringeren Zahl der Zeugen bestanden habe, welche nicht weiter interessire. Am wenigsten sei aber die Erwähnung einer solchen insofern noch als praktisch zu verstehen, daß, wenn irgendwo eine locale Gewohnheit bestehe, diese mit den Formen des Gesetzes zu verbinden sei. Solche Gewohnheiten könnten doch nur deutsche, particulare und statutarische sein; an später entstehende könne aber Justinian nicht gedacht haben, sondern nur an die in seinem Reiche vorkommenden. Wenn irgendwo eine solche Gewohnheit als Recht bestehe, so würde es sich vielmehr fragen, ob die gemeinrechtliche Form (Notariats-Ordnung Tit. 1. §. 2) dadurch ausgeschlossen sei. Eine Combination beider würde zu unlösbaren Inconvenienzen führen.

Sintenis, Civilr. Bd. 3. §. 170. Not. 15.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 248.
Stryk, diss. de test. rustic. c. 3. Nro. 57.
Wächter, Recension in der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtsw. Bd. 2. S. 172.
Fritz in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 31.
Leist, bonor. poss. Bd. 2. S. 112.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 827.

II.

Streitig ist, welchen Personen das Recht zustehe, auf die im Gesetz gestattete Art zu testiren.

Einige meinen, ein Jeder, der auf dem Lande testire, z. B. auch Adelige und Geistliche, die auf dem Lande wohnten, Reisende, die auf dem Lande krank werden, könnten sich der Rechtswohlthat bedienen. Denn der Grund dieses Privilegiums trete bei diesen Personen so gut ein, wie bei den Bauern. Der Ausdruck rustici oder rusticani sei von Landbewohnern überhaupt zu verstehen, und auch durch die Notariats-Ordnung §. 2 verb.: „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament machten", sei hieran nichts geändert. Hierzu komme, daß bei den Römern ein eigener geschlossener Stand der Bauern gar nicht existirt habe; vielmehr werden in der L. ult. C. de test. die rustici durch homines extra civitates, in locis et pagis, erklärt.

Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. S. 302 f.
Höpfner, Institut. §. 462.
Mackeldey, Lehrb. §. 645.
Walch, controv. jur. civ. p. 333.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 569.
Thibaut, System §. 847.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 485.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 831.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 261

Andere meinen, nach dem Ausdrucke homines rustici, rusticani in L. 31 C. de test. und nach der Notariats-Ordnung Tit. von Testam. §. 2 verb.: „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament machten", könne das privilegirte Testament nur den Bauern auf dem Lande, und zwar, wenn der Testator ein Bauer ist, zu Theil werden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 821.
Stryk, de test. rustic. in diss. T. 2. Nro. 20.
Stryk, de cautela test. cap. 13. §. 1—5.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1381.

Andere verlangen im Allgemeinen Landbewohner, beschränken das Privilegium aber auf den Fall, daß die Ortschaft, wo sie wohnen, nicht reichlich bewohnt sei, oder überhaupt ihr Wohnsitz vereinzelt gelegen sei.

Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 15.

III.

Streitig ist, ob ein mündlich vor fünf Zeugen auf dem Lande errichtetes Testament, wenn mehr Zeugen nicht zu haben sind, gelte.

Gewöhnlich wird in den Lehrbüchern diese Frage verneint, weil das Privilegium nach römischem Rechte nur auf schriftliche Testamente zu beziehen sei, die Notariats-Ordnung aber hieran nichts ändere,

Schweppe, röm. P.-R. §. 821.
Höpfner, Institut. §. 462.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 485.
Thibaut, System §. 847.

und wird dann auch wohl bemerkt, daß die Praxis auch ein mündliches privilegirtes Testament der Landleute gestatte.

Thibaut, System §. 847. Not. t.

Andere meinen, sowohl nach römischem Rechte, wo in der L. ult. C. de test. ausdrücklich stehe: usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi sancimus, als auch nach der Notariats-Ordnung Tit. von Testam. §. 2 sei ein mündlich vor fünf Zeugen errichtetes Testament giltig.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 252.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. S. 310.
Fritz in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 27.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 560.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 827 f.
Mackeldey, Lehrbuch §. 645.

IV.

Wenn der Testator eine von ihm oder einem Dritten geschriebene Testamentsurkunde als schriftliches Testament zur Vollziehung bringen will, sich aber findet, daß keiner der Zeugen schreiben kann, und er sich deshalb mit einer Vorlesung der Schrift begnügen muß,

so streitet man, ob solches Testament giltig sei.

Einige meinen, da solches Testament als schriftliches nicht gelten könne, weil die Kraft dieses hauptsächlich auf der Unterschrift der Zeugen beruhe, ein mündliches aber von dem Testirer nicht beabsichtigt war, so könne das Testament nicht gelten.

Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. S. 311.

Jedoch sei im Zweifel anzunehmen, daß der Testirer seinen Willen geändert habe, und solle dann das Testament als mündliches bestehen können.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 255.

Andere meinen, man lege richtiger kein Gewicht darauf, in welcher Form der Testirer eigentlich habe testiren wollen, indem es gerade zu den Eigenthümlichkeiten dieses Testaments mitgehöre, daß, wenn die Umstände die Beobachtung der der Absicht entsprechenden gesetzlichen Formen nicht gestatten, die nachgelassene außerordentliche Form genügen solle, welche eben auf den Fall berechnet sei, zur Aushilfe zu dienen. Wäre aber auch noch nach römischem Rechte ein Zweifel, so würde dieser durch die Bestimmung der Notariats-Ordnung, wonach auch das mündliche Testament vor fünf Zeugen gelten soll, beseitigt, indem nach dem Eingange des §. 1 des §. 2 ebensowohl von schriftlichen wie von mündlichen Testamenten verstanden werden könne,

Sintenis, Civile. §. 170. Not. 15.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 829

und sei deshalb die Vorschrift des römischen Rechts, daß die Unterschrift auch nur eines einzigen Zeugen zu einem schriftlichen Testamente genügen sollte, unpraktisch geworden; denn in einem Falle, wo nicht alle Zeugen schreiben können, müsse der Inhalt des Testaments den Zeugen mündlich erklärt werden, das Testament bestehe also als mündliches, und die Unterschrift des einen Zeugen trage zu seiner Rechtsbeständigkeit nichts bei, sei aber auch nach dem Grundsatze: superflua non nocent unschädlich.

Fritz in Gießer Zeitschr. Bd. 5. S. 30.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 829.

V.

Streitig ist, ob die Zuziehung von fünf Zeugen auch dann genüge, wenn sechs Zeugen zu erlangen gewesen seien.

Einige bejahen diese Frage und halten das Testament in solchem Falle für giltig.

Stryk, diss. de test. rust. c. 3. Nro. 33 u. die das. angef. älteren Schriftsteller.

Andere halten diese Annahme für willkürlich. Denn wenn das Gesetz sage: eigentlich sind sieben Zeugen erforderlich, doch sollen auch weniger genügen, wenn nicht so viele zu haben sind, nur nie unter fünf — so verstehe es sich von selbst, daß stets soviel, wie unter der Zahl sieben zu bekommen seien, zugezogen werden müßten.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 829.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 257.
Höpfner, Institut. §. 462.

VI.

Streitig ist, wem der Beweis obliegt, wenn zur Frage steht, ob da, wo das Testament errichtet wurde, die gesetzmäßige Anzahl von Zeugen zu erhalten, und ob alle zugezogenen Zeugen schreibkundige gewesen seien.

Einige meinen, daß derjenige, welcher sich auf ein solches Testament berufe, auch die nothwendigen thatsächlichen Voraussetzungen dieser Form zu erweisen habe. Dies folge aus dem Gesetze selbst. Der Kaiser halte nämlich als Regel die Testamentserrichtung vor sieben Zeugen fest; nur unter gewissen thatsächlichen Voraussetzungen lasse er Abweichungen zu, und auch nur für solche Ausnahmsfälle sei das bisher bestehende Gewohnheitsrecht anerkannt. Daß also die thatsächlichen Voraussetzungen für den Ausnahmsfall vorliegen, habe derjenige zu beweisen, welcher sich auf die Ausnahme berufe.

Wernher, obs. T. III. P. II. obs. 348.
Marezoll im civil. Archiv Bd. 9. S. 315.
Gmminghaus das. Bd. 19. S. 264.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 15.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 832.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 570.
Höpfner, Institut. §. 462.

Andere meinen, Justinian habe nicht sowohl eine Ausnahme von der Regel der Zuziehung von sieben Zeugen bei Testamentserrichtungen eingeführt, als vielmehr eine bisher geltende Gewohnheit nur mit der Modification bestätigt, daß die gewöhnliche Form beobachtet werde, wenn dies möglich sei; gehe man nun davon aus, daß die bestätigte Gewohnheit in dem Gebrauche bestanden, vor fünf Zeugen zu testiren, so sei dadurch jener Gebrauch als Regel anerkannt, mithin das Dasein von Umständen, woraus die Modification beruhe, von demjenigen zu beweisen, welcher sich darauf stütze.

Ebenso streite die Vermuthung für den Mangel an fähigen Zeugen auf dem Lande, und dieser Mangel eben sei durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand anerkannt. Umsoweniger also könne hier der Beweis einer Negative gefordert werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 261.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 697. Not. 2.
Stryk, de cautela test. cap. 11. §. 9.
Brunnemann ad L. fin. Cod. de test.
Philippi, de test. hominum ruralium cap. 4. §. 4.

Präjudiz 1.

In einem Rechtsstreite handelte es sich um die formelle Giltigkeit eines schriftlichen, auf dem Lande errichteten Testaments, welches, ohne daß sein Inhalt den zugezogenen sieben Zeugen eröffnet worden, von sechs derselben unterschrieben und untersiegelt, von dem siebenten aber nur unterkreuzt und mit einem Siegel versehen war, allerdings mit der von anderer Hand hinzugefügten Bemerkung: „eigenhändiges Handzeichen des Zeugen v. H."

Die eingesetzte Erbin behauptet die Giltigkeit der gedachten letztwilligen Verfügung als testam. ruri conditum, indem das in der

C. ult. de testam. 6, 23.

festgesetzte Erforderniß einer Eröffnung des letzten Willens an die Zeugen auf den Fall beschränkt sei, wo nur fünf Zeugen zugezogen werden.

Dagegen entschied das höchste Landesgericht:

„Die fragliche letztwillige Disposition kann als ein formell rechtsbeständiges (schriftliches) testam. ruri conditum nicht an-

gesehen werden, weil aus der betreffenden Urkunde nicht hervorgeht, auch nicht behauptet ist, daß den Zeugen der Wille des Testirers kundgethan ist, was gleichwohl ausdrücklich für alle die Fälle geboten ist, wo bei der Errichtung eines testam. ruri conditum dem einen oder anderen der zugezogenen Testamentszeugen die Fähigkeit zu unterscheiden mangelt."

Erk. des OAG. zu Celle vom 21. März 1851, in S. des Bösch'schen Vormundes c. die unverehelichte Anna Balk.

Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 62.

Präjudiz 2.

Ueber diesen Gegenstand kommen in einem Erkenntnisse des Cassations- und Revisionshofes zu Berlin vom 26. Jan. 1834 folgende Sätze vor:

1) Die
C. 31 de testam. 6, 23.
belastet den Testamentserben nicht mit dem fast unmöglichen Beweis, es seien schreibkundige Zeugen in hinreichender Anzahl am Orte des Testaments nicht aufzufinden gewesen; diese Unmöglichkeit kann vielmehr bei einem auf dem Lande gemachten Testamente bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden.

2) Die Beifügung des Namens der Zeugen durch den Notar genügt der
C. 31 de testam.
gewiß ebensosehr, wie die durch einen Mitzeugen.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 203.

Testamentum tempore pestis conditum.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 262.
Ackermann im civil. Archiv Bd. 32. S. 55—83.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 815 f.

I.

Die L. 8 C. de test. 6, 23, ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, lautet: Casus majoris ac novi contingentia ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. Dieses Gesetz hat verschiedene Erklärungen hervorgerufen, und man streitet, was unter einem solchen Testamente, sog. testamentum tempore pestis conditum, zu verstehen sei.

Einige meinen, an einem Orte, wo die Pest oder eine andere ansteckende Krankheit herrsche, sei die Nothwendigkeit einer gleichzeitigen Inziehung der Zeugen erlassen; es genüge also, wenn die Zeugen einzeln, nach einander, bei der Testamentshandlung zugezogen würden, mit anderen Worten, das Erforderniß der sog. unitas actus brauche nicht streng beobachtet zu werden, die sonstigen Bedingungen eines rechtsgiltigen Testaments müßten aber vorhanden sein. Denn unter dem casus major ac novus contingens sei eine schwere, außerordentlicherweise eintretende und ansteckende Seuche zu verstehen, und der Gesetzgeber habe die Furcht vor Ansteckung, welche die Zeugen abhalten könne, bei seiner Bestimmung berücksichtigt. Im zweiten Satze seien die Worte morbo oppressos dem Wortverstande nach auf die Zeugen zu beziehen; allein da der Gesetzgeber unmöglich an Zeugen gedacht haben könne, welche selbst von der Krankheit befallen seien, deren Ansteckung befürchtet werde, so glauben die Ausleger, welche die Lesart oppressos beibehalten, es liege hierin eine Ellipse, die so aufzulösen sei: testes hujusmodi morbi terrore oppressos, bewältigt von der Furcht vor der Krankheit.

Cujacius, observ. lib. 26. c. 10.
Köchy, civil. Erört. S. 127.

Andere Anhänger dieser Ansicht schlagen die Emendation vor: oppressis, oder da von dem Testirer im Singular gesprochen werde, oppresso zu lesen, wonach dann der Gesetzgeber sagen würde: es ist dem von der Krankheit befallenen Testirer die gleichzeitige Versammlung der Zeugen erlassen. Diese Ansicht ist die gewöhnliche und zählt die meisten Anhänger.

Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 38. §. 132.
Seuffert, Lehrbuch §. 529.
Mackeldey, Lehrbuch §. 646.
Westphal, von Testamenten §. 830 u. 836.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1485.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1382.
Thibaut, System §. 848.
Günther, princ. jur. civ. §. 780.
Hufeland, Lehrb. des Civilr. §. 1337.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 407.
Haimberger, röm. Privatr. §. 356.
Göschen, Vorlesungen §. 901.
Konopack, Institut. §. 374.
Lang, Institut. §. 415.

Eine andere Auffassung des Rescripts ist die: wenn der Testirer an einer ansteckenden Krankheit darniederliege, und die Zeugen ihm zu nahen sich scheuen, so genüge es, daß sie abgesondert von ihm, also in einem anderen Gemache die zur Solennisirung erforderlichen Handlungen vornehmen, wobei sie übrigens gleichzeitig versammelt sein und handeln müssen. Diese Ansicht stützt sich auf eine Interpretation der Basiliken (lib. 35. tit. 2. 29. 1. T. V. p. 774), welche in der Uebersetzung lauten: Testes, qui metuunt propius ad testatorem accedere, ne morbi participes fiant, permittatur, ut separatim ab eo testamentum signent.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 820.
Puchta, Pand. §. 460.
Sintenis, Civilrecht §. 170. Not. 14.
v. Vangerow, Pand. §. 444.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 484.
Schweppe, röm. Priv.-R. §. 815. Not. 5.

Siehe jedoch die Gegengründe bei
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 369.

Andere erklären den casus major für die fallende Sucht oder Epilepsie, auch morbus comitialis genannt, wovon einer der Zeugen während des Testamentsacts befallen sei; die dadurch veranlaßte Unterbrechung solle selbst alsdann nicht schaden, wenn die übrigen Zeugen oder einige derselben aus Scheu vor dem Anblick des Kranken das Zimmer verlassen; nur müßten sie wieder zusammenkommen, und die Solennisirung des Testaments auf die übliche Weise bewerkstelligen:

Gothofredus, de testam. tempore pestis.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 4. S. 77.

und leitet man hieraus die allgemeine Regel ab, daß die Unterbrechung durch irgend einen Unfall, welcher einen der Zeugen treffe, der Einheit der Handlung nicht schade, falls nur die übrige Zahl wieder beisammen komme. Der Beweis für diese Ansicht soll darin liegen, daß Justinian in der L. 28 C. de test. auch des morbus comitialis erwähne.

Hunger, röm. Erbrecht §. 41.

Roßhirt, Erbrecht §. 90.
Höpfner, Institut. §. 461.
Püttmann, probabil. lib. sing. p. 37.

Andere verstehen unter casus major eine Gefahr, welcher die Zeugen ausgesetzt seien. Man denkt sich den Testirer in feindlicher Gefangenschaft oder in Räubershänden; sei einmal die Abführung erfolgt und der Schrecken des Ueberfalls vorbei, so könne sich wohl ein Einzelner zu ihm hinschleichen, wogegen mehre in Gemeinschaft leicht die Aufmerksamkeit der Feinde oder Räuber auf sich ziehen, mithin sich selber der Gefahr aussetzen würden. Aehnlich verhalte es sich bei Gefahren anderer Art, Feuersgefahr, Erdbeben u. dergl. Morbus soll dann die Furcht der Zeugen bedeuten, und von contagio könne so oft die Rede sein, als Berührungen in der Körperwelt möglich seien. Timor contaginnis sei also die Furcht der Zeugen, mit irgend etwas in Berührung zu kommen, was ihnen nachtheilig sein könne, und eben diese Furcht werde dann auch als morbus bezeichnet, als eine Gemüthsbewegung, die der Gesetzgeber dadurch zu entfernen suche, daß er den Zeugen gestatte, sich einzeln zu dem Testator zu begeben.

Moser, Versuche über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 33.

II.

Streitig ist, ob erfordert werde, daß der Testator selbst von der ansteckenden Krankheit befallen sei, oder ob es genüge, wenn an dem Orte oder doch in dem Hause, wo das Testament errichtet wird, die Krankheit herrsche.

Einige meinen, daß in der citirten L. 8 C. 6, 23, wenn man die Lesart testes hujusmodi morbo oppressi als die richtige annehme, ausdrücklich angeordnet sei, daß der Testator selbst von der Krankheit befallen sein müsse,

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 484.

und wenn man die Emendation von oppressos in oppressis oder oppessn annehmen wolle, so sei diese Ansicht auch buchstäblich im Gesetze bestimmt.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 282.

Andere meinen, wenn die Krankheit so arg wäre, daß aller Umgang unter den Menschen völlig aufgehoben wäre, so wäre wohl ein Jeder im Orte befugt, ein solches privilegirtes Testament zu machen; sei die Krankheit so ansteckend und bösartig nicht, so müsse sie im Hause des Testators sein.

Höpfner, Institut. §. 461.
Leyser, sp. 368. med. 1 in coroll.

Andere meinen, die Ausdehnung auf den Fall, wenn das Haus, in welchem der Testirer wohnt, wegen Krankheit anderer Hausbewohner polizeilich abgesperrt sei, lasse sich nicht bezweifeln; denn die Gefahr für die Ansteckung der Zeugen sei bei herrschenden Epidemien dann nicht minder vorhanden, da diese ja nicht immer unmittelbare körperliche Berührung voraussetze, sondern auch durch Einathmen der Luft der Krankenatmosphäre erfolge.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 823.

Andere meinen, auch wenn die Seuche noch nicht in den Ort des Testators eingedrungen sei, sondern in der Provinz oder Nachbarschaft herrsche, sei nach dem Geiste des Gesetzes das Testament in der privilegirten Form zulässig, sobald der Ausspruch des Arztes oder das Ermessen des Richters solches gestatte.

Ziegler, discept. sel Nro. 31.

III.

Streitig ist, ob jede für ansteckend erklärte Krankheit des Testirers genüge, um das Privilegium eintreten zu lassen.

Einige verneinen dies, denn es gebe der Krankheitsformen so außerordentlich viele, bei welchen sich eine Ansteckung befürchten lasse, daß, wenn das Gesetz das Privilegium in der von den Gegnern angenommenen Allgemeinheit eintreten lassen wolle, solches fast bei allen auf dem Krankenbette errichteten Testamenten eintreten könne. Nun aber denke der Gesetzgeber durch die Worte casus major ac novus cootingens an etwas Außerordentliches, also Pest, Cholera u. dergl., wo dann allerdings die Gefahr der Ansteckung größer sei.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 283.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 823.

Andere wollen bei jeder öffentlich, z. B. durch landesherrliche Verordnung, oder auch durch Aussprüche der Aerzte für ansteckend erklärten Krankheit das Privilegium eintreten lassen.

Ziegler, diss. de test. tempore pestis privil. th. 15 s. S. u. th. 16.

IV.

Streitig ist, ob von dem Erfordernisse der Zahl und Eigenschaft der Solennitätszeugen bei einem test. temp. pestis cond. etwas nachzulassen sei.

Einige meinen, zu solchem Testamente genügten zwei bis drei Zeugen. Man beruft sich theils auf einen gewohnheitsrechtlichen Gerichtsgebrauch, theils auf die Emendation einiger Worte in der L. 8 cit., indem statt conveniendi numeri zu lesen sei: convenientis numeri. Es solle nämlich cooveniens numerus eine angemessene Zahl von Zeugen bedeuten, und dürfe dafür die Zahl zwei zu halten sein.

Schröder, obs. jur. civ. lib. 4. c. 3.
Gail, pract. obs. lib. 2. c. 13. Nro. 18.
Stryk, cautel. test. c. 11. §. 3.
Leyser, sp. 368. med. 1.

Andere meinen, nur auf die Qualität der Zeugen solle nichts ankommen, und könnten deshalb z. B. auch Frauenzimmer bei diesem Testamente Solennitätszeugen sein.

Stryk, cautel. test. c. 11. §. 4.
Wernher, obs. sel. 20. 1. §. 21.

Andere meinen, wenn auch die Billigkeit eines solchen von den Gegnern behaupteten Rechts nicht zu leugnen sei, so sei diese Ansicht doch dem römischen Rechte zuwider. Werde ein Gewohnheitsrecht behauptet, so müsse der Beweis desselben von dem, der sich darauf berufe, geführt werden. Der Versuch, jenes angebliche Gewohnheitsrecht durch Emendation der L. 8 cit. zu begründen, sei deshalb erfolglos, weil er keine handschriftliche Autorität für sich habe.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 284.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 824.

Roßhirt, Erbrecht Abth. 1. S. 476.
Höpfner, Institut. §. 461.

V.

Streitig ist, welche Förmlichkeiten für ein test. temp. pest. cond. denn eigentlich erlassen seien.

Einige meinen, die Zeugen brauchten nicht zusammen zu functioniren, es werde also von der unitas actus dabei insofern Abstand genommen, als nicht alle sieben Zeugen bei dem Testiracte gleichzeitig gegenwärtig zu sein brauchten. Man beruft sich für diese Ansicht auch auf L. 9 C. de test.

Srbilter, praxis jur. Rom. exerr. 38. §. 133—136.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 689.
Mackeldey, Lehrb. §. 646.
Seuffert, Lehrbuch §. 529.
Köchy, civil. Erört. Bd. 1. S. 127.
Thibaut, System §. 848.

Andere meinen, in der L. 8 cit. werde nur die unitas loci erlassen, so daß die Zeugen nicht in demselben Zimmer mit dem Testator zu sein brauchten, sondern in einer solchen Entfernung, von welcher aus sie ihn gleichwohl sehen und hören könnten, ihr Amt verrichten dürften.

Cujacius, obs. 26. 10.
Gothofredus, diss. de test. tempore pestis vel a testatore peste contacto cond. p. 627.
Puchta, Lehrbuch §. 460.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 484.
Schweppe, röm. P.-R. §. 815. Not. 5.
Hunger, Erbrecht S. 122.

VI.

Streitig ist, ob ein solches Testament, wenn die Gefahr der Ansteckung vorüber ist, oder überhaupt nach Ablauf einer gewissen Zeit von selbst erlösche.

Einige meinen, wenn die Gefahr der Ansteckung vorüber und der Testator noch am Leben sei, so erlösche das Testament entweder sofort, oder nach der Analogie des testam. militare nach Jahresfrist.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 21.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1485.
Hartitzsch, Erbrecht §. 407.

Andere meinen, diese Ansicht verdiene keine Billigung, da das Testament überhaupt, der Wirkung nach, als ein vollständiges zu betrachten sei, und sich nicht absehen lasse, weshalb es diese Eigenschaft nicht auch in Beziehung auf die Dauer haben solle.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 824.
Stryk, cautels test. §. 141.
Thibaut, System §. 848.
Höpfner, Institut. §. 461.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 284.

VII.

Streitig ist, ob nach Analogie des test. temp. pest. cond., im Falle der Testirer sich ohne seine Schuld in einer Lage befindet, daß ihm die Beobachtung der vorgeschriebenen Solennitäten unmöglich ist, ein sog. Testament während des Nothstandes zulässig sei.

Einige bejahen dies, und statuiren, daß in solchem Falle ein Mangel der vorgeschriebenen Solennitäten nicht schade, wenn nur sonst der Beweis des letzten Willens erbracht werden könne, z. B. auf dem platten Lande, auf einem Schiffe u. dergl. Man beruft sich zur Begründung dieser Ansicht auf L. 183 D. de reg. jur., und auf den Grundsatz: leges ad impossibilia non obligant.

Mevius, Comment. ad jus Lub. P. II. T. I. art. 2. Nro. 59 sq.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. §. 22.
Hellfeld, jurispr. for. §. 1486.

Es sei deshalb z. B. das Testament einer Wöchnerin vor weniger Zeugen, insbesondere auch vor Frauenzimmern, da nur diese die Kreisende zu umgeben pflegten, giltig.

Leyser, sp. 14. med. 5.

Andere widersprechen solcher Ausdehnung der Testamentsprivilegien. Denn theils werde dadurch alles förmliche Recht so gut wie aufgelöst, theils sei die L. 183 cit. in der Allgemeinheit nicht aufzufassen, indem dies Gesetz, wie aus L. 7 D. de in int. rest. 4. 1 folge, nur von unverschuldeter Proceßversäumniß zu verstehen sei, höchstens aber nur auf eigentliche Rechtsverluste beschränkt werden müsse. Vielmehr seien Privilegien niemals analogisch auszudehnen.

Stryk, caut. test. c. 11. §. 11.
Reinhardt, de testam. parturientium priv.
Westphal, Untersuchung der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebne Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen Nothstandes wegen giltig sei?
Weber, Erläuter. der Pand. 20. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 286.

Transmissionsfälle.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 54.
Steppes, die Transmission der Erbschaft nach röm Rechte.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 27.
Mayer, die Lehre vom Erbrechte Bd. 1. §. 113 f.
Roßhirt, das testam. Erbrecht Abth. 2. §. 175 f.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 153
Bd. 25. S. 439 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 145 f.

Löhr, über die transmissio Theodosiana in der Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 7. S. 105.
Huschke das. Bd. 9. S. 53.
Sintenis, Civilr. §. 204.

A. Begriff und Umfang im Allgemeinen.

I.

Streitig ist der Begriff des sog. Transmissionsrechts.

Einige meinen, das Recht, eine Erbschaft zu transmittiren, bestehe darin, daß ein zur Erbschaft Berufener sein in Erfahrung gezogenes, aber nicht ausgeübtes Wahlrecht, die ihm deferirte Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, auf seine Erben übertrage.

Duarenus in tit. Dig. de acq. vel omitt. hered. c. 5. p. 450.
Donellus, Comm. de jur. civ. lib. 7. c. 4.
Thibaut, Versuche Bd. 2. S. 179.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 702.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 27.

Andere beschränken den Uebergang des Transmissionsrechts nicht auf die Erben.

Niemeyer, de transmissione Theodosiana.

Andere wollen zwar diese Beschränkung auf die Erben beibehalten, dagegen halten sie den Anfall der Erbschaft nicht für nöthig.

Konopack, Institut. §. 426.

Andere fassen die Definition negativ: die Transmission der Erbschaft umfasse die Ausnahme von der Regel: hereditas delata, sed nondum acquisita, non defertur ad heredes heredis.

Mackeldey, Lehrbuch §. 690.
Seuffert, Pand. §. 474.
Valett, Pand. §. 1216.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 219.
Lang, Lehrb. des Just. Rechts §. 513.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 547. Not. v.

Siehe hiergegen

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 54.

II.

Streitig ist der Umfang des Transmissionsrechts überhaupt.

Einige leugnen alles und jedes Transmissionsrecht.

Averanius, interpret. jur. lib. 4. c. 4.

Andere lassen nur zwei Transmissionsarten gelten, die Theodosische und Justinianische; die Fälle der sog. transmissio ex capite in integr. restitut. werden ausgeschieden, weil darin keine wahre Ausnahme von der Regel: hereditas non adita non transmittitur enthalten sei, sondern nur eine Anwendung allgemeiner Grundsätze über Restitution; die transmissio ex capite infantiae sei gleichfalls nicht als Transmission anzunehmen, weil der Vater hier nicht als Erbe des Kindes, sondern kraft seines Rechts als Vater in dessen Recht eintrete.

Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 13 bis 17. S. 59.

Andere scheiden von den Transmissionen die Restitutionsfälle, die Transmission des bedingten Erbtheils, die transmissio ex jure patrio, und Theodosiana aus. Nur vier Fälle sollen als wahre Transmissionen gelten: a) die sog. transmissio Justinianea, b) wenn der Grund der Nichtantretung ein erwarteter postumus war, c) die von einem Unmündigen erbetene Carboniana bon. poss., d) eine gegen die Mutter vorgebrachte status quaestio.

v. Buchholtz, Abhandl. S. 89 f.

Andere stellen drei Klassen von Fällen auf:

1) Den Fall, wenn ein Intestaterbe vor der Erwerbung sein Recht auf die Erbschaft an einen Anderen veräußert — wenn man dies nicht etwa als einen nichtigen Act ansehen wolle. Diese Veräußerung der Delation sei möglich, obwohl dieselbe im Justinianischen Rechte nicht erwähnt werde.

(Siehe hiergegen

Mühlenbruch, Cession S. 31 und Lehrb. §. 710 und Comment. Bd. 43. S. 144.)

2) Wenn ein filius famil. eine ihm deferirte Erbschaft ausschlägt, oder ein handlungsfähiger oder abwesender filius famil. vor der Erklärung darüber stirbt — dann gehe die Delation an den Vater über.

3) Die transmissio Theodosiana.

Puchta, Pand. §. 495. Anm. 1.

Vergl. hierüber

Sintenis, Civilr. §. 204. Not. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 227 f.

III.

Streitig ist, ob die Transmission des bedingten Erbtheils überhaupt als außerordentliche Transmissionsart anzusehen sei.

Einige verneinen dies; es liege darin nur eine Anwendung des Grundsatzes, daß der Erbe nicht bloß einen Theil der Erbschaft erwerben dürfe. Träte nämlich die Bedingung ein, so seien beide Theile als ein untrennbares Ganzes zu betrachten; es sei nunmehr der zweite Theil schon in und mit dem ersten erworben, folglich für den Erbeserben eine Zwangspflicht vorhanden, den bedingten Erbtheil gerade wie einen accrescirenden Theil anzunehmen.

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 35. Nr. 3.
Puchta, Pand. §. 495 a. E.

Andere meinen, wenn Jemand zu einem Theile unbedingt, zu einem anderen Theile unter einer Bedingung eingesetzt und Erbe des Ersteren geworden sei, so transmittire er den bedingten Erbtheil dann auf seine Erben, wenn für den Fall des Nichteintritts der Bedingung ein Substitut ernannt sein sollte, L. 59. §. 6 D. de acquir. vel omitt. her. Eine solche Substitution enthalte eigentlich eine Erbeinsetzung unter der entgegengesetzten Bedingung. Uebrigens weiche diese Transmission ihrer Wirkung nach von anderen Transmissionen darin ab, daß der Erbeserbe zur Annahme des bedingten Erbtheils genöthigt werde, indem das Nämliche auch für seinen Erblasser stattfinden würde, wenn dieser den Antritt der Bedingung erlebt hätte, sein Erbe aber in dieser Beziehung kein besseres Recht in Anspruch nehmen dürfe, als er selbst habe. Allein nichtsdestoweniger gehöre der Fall zu den außerordentlichen Transmissionen, die der Erbe im Successionsrecht auf seine Erben transferire, worauf dieselben nach allgemeinen Grundsätzen keinen Anspruch machen dürften.

Mühlenbruch, doctr. P. §. 702. Nro. 2.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 155.

Baumeister, das Anwachsungsrecht der Miterben S. 146.

Siehe hiergegen

Sintenis, Civilrecht §. 204. Not. 2.
v. Buchholz, jurist. Abhandl. S. 25.

IV.

Streitig ist, wie die L. 53 pr. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2 mit der L. 59. §. 6 D. de hered. instit. zu vereinigen sei *).

Einige meinen, diese beiden Stellen seien nur so zu erklären, daß die L. 53 von dem Falle spreche, wo nur Ein Erbe ernannt sei, und zwar für den einen Theil bedingt, für den andern unbedingt.

Glosse des Accursius: Non Titii heredi zu L. 59 §. 6 D. de hered. inst.
Hunger in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. civ. Bd. 3. S. 160.

Andere meinen, die L. 53 sei aus dem Standpunkte des Papischen Gesetzes zu erklären; hiernach komme nämlich der wegfallende Theil nicht jure accrescendi an den Miterben, sondern an diejenigen, welche die Befugniß hatten, caduca an sich zu ziehen, oder an den Fiscus. Bei der Stelle müsse man nun von der Voraussetzung ausgehen, daß sowohl der Verstorbene als seine Miterben Kinder gehabt, mithin zur caducorum vindicatio berechtigt gewesen sei; ferner müsse man vermuthen, daß in einem Falle dieser Art der ursprünglich Bedachte, sobald der Fall eingetreten sei, unter dessen Voraussetzung ihm schon der Erblasser das Ganze gewährt habe, begünstigt oder dem Miterben vorgezogen sei. So erkläre es sich, daß noch der Eintritt der Bedingung für nothwendig erachtet werde; die Nichterwähnung der Kinder sei dadurch genügend erklärt, daß zur Zeit der Abfassung der Dig. Kinder zur caducorum vindicatio nicht mehr erforderlich gewesen seien.

Mayer, Anwachsungsrecht S. 43 f.

Andere meinen, man müsse allerdings davon ausgehen, daß die Entscheidung der L. 53 cit. auf einer eigenthümlichen Voraussetzung beruhe, wenn man nicht eine unauflösliche Antinomie zwischen beiden Stellen annehmen wolle. Am meisten habe nun die Hypothese des Cujacius (in comment. in tit. de hered. inst. ad L. 59 cit. und obs. lib. 12. c. 11 in f.) für sich, daß für den bedingt hinterlassenen Erbtheil der Miterbe oder ein Dritter substituirt sei, die Substitution aber nur wirksam werde, wenn die Bedingung deficire, so daß, wenn sie eintrete, der Erbeserbe dem Substituten vorgezogen werde; das Resultat also würde sein: durch das Anwachsungsrecht werde der Erbeserbe ausgeschlossen, dieser aber gehe dem Substituten vor.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 153.

V.

Streitig ist, wie sich die Grundsätze des römischen Rechts über Transmissionen zur vertragsmäßigen Erbfolge verhalten.

Einige meinen, daß auf den Vertragserben das Erbrecht ipso jure übergehe, folglich auch auf seine Erben, wenngleich die Voraussetzungen einer außerordentlichen Transmission nicht vorhanden seien.

Hellfeld, diss. de transmiss. juris succed. §. 6.
Paetz, comm. de success. universali per pact. promiss. §. 9 u. 10.
Hübner, disp. jur. civ. lib. 1. c. 11. p. 144.
Hartitzsch, Erbrecht §. 219 a. E.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 344.

Andere nehmen an, daß der Uebergang auch stattfinde, wenngleich der Vertragserbe den Erblasser nicht einmal überlebt habe. Man stützt sich hierbei auf die Natur vertragsmäßiger Rechte, indem diese in der Regel stets auf die Erben übergehen, so wie darauf, daß der Vertragserbe schon durch Abschließung des Vertrags im voraus erklärt habe, die Erbschaft annehmen zu wollen. Ebenso werde durch den Tod des Erblassers das Erbrecht des Vertragserben nicht erst erworben, sondern nur unbedingt; es werde daher, wenn der Letztere jenen nur erlebt habe, stets auf dessen Erben transmittirt.

Kurz, de pactis successoriis §. 16.
Kreitmayr, Anmerk. zum baier. Gesetzbuch Bd. 3 S. 37.
Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. im Königreich Sachsen Bd. 1. S. 177.
Weishaar, Handbuch des würtmb. P.-R. Th. 2. §. 863.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 344.

Andere erinnern hiergegen Folgendes: Der Gegenstand des Erbeinsetzungsvertrags sei das Erbrecht, also ganz dasselbe, was auch als Gegenstand des Rechts der durch Testament und Gesetz zur Erbfolge Berufenen anzusehen sei; der Erbeinsetzungsvertrag sei also seinem Wesen nach nichts weiter, als ein Delationsgrund des Erbrechts, wie solches das Gesetz und das Testament auch seien. Es sei dies durchgängig die Auffassung der heutigen Jurisprudenz, selbst der französischen (Merlin, repert. de jurisprud. s. v. inst. contr. §. 10), und dieselbe Stellung hätten die neueren deutschen Gesetzgebungen (Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 1. 2. 617. Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 533) angenommen. Wenn nun auch die eigenthümliche Beschaffenheit dieses Delationsgrundes eigenthümliche Wirkungen hervorbringe, z. B. Unwiderruflichkeit des Vertrags von Seiten des Promittenten, so folge daraus doch nicht, daß die Erbschaft ohne Antretung erworben und weiter transmittirt werde. Dies bringe die Natur des Vertrags nicht von selbst mit sich; und die Meinung, daß in der Abschließung des Vertrags schon die nöthige Erklärung, also gewissermaßen eine anticipirte Erbschaftsantretung liege, sei aus der Natur des Erbeinsetzungsvertrags nicht zu rechtfertigen. Allerdings liege darin von Seiten des Acceptanten der Wunsch ausgesprochen, Erbe des Andern zu werden, was aber nichts anderes bedeute, als daß er den künftigen Erwerb der Erbschaft, nämlich in Folge des Anfalls, in seine Hand bekommen

---

*) L. 53 cit.: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet.

L. 59 cit.: Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio exstiterit, ex besse heres erit, si non exstiterit, ille sextans non Titii heredi, sed Maevio accrescet; nam quum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit, nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit.

wolle; eine Verpflichtung, ein Zwang zur Antretung der Erbschaft sei daraus nicht abzuleiten, indem der Zweck des Vertrags zunächst darin bestehe, dem Promissar ein Erbrecht zu gewähren, nicht aber darauf gerichtet sei, dem Promittenten einen Erben zu verschaffen. Aus dem allgemein anerkannten Satze: viventis non est hereditas, folge, daß der Erbeinsetzungsvertrag nur die Aussicht begründe, den Promittenten dereinst zu beerben, nicht aber ein Recht an der Erbschaft selbst, man nenne dies nun ein bedingtes oder unbedingtes. Hieraus folge denn auch nach allgemeinen Grundsätzen von selbst:

a) daß der Promissar den Promittenten überlebt haben müsse, um auf dessen Erbschaft Ansprüche machen zu können;

b) daß er sich nach dem Anfalle der Erbschaft über deren Annahme oder Ausschlagung zu erklären habe.

Wollte man auch gegen den Grundsatz: viventis non datur hereditas eine anticipirte Erklärung des Vertragserben bei Lebzeiten des Erblassers für zulässig erachten, so müsse solche Erklärung, um wirksam zu sein, auch bindend sein; es würde dies aber weder dem oben erwähnten nächsten Zwecke des Vertrags gemäß sein, noch der Absicht des Vertragserben entsprechen, der sich nicht im Voraus mit der Haftpflicht für die Schulden des Erblassers werde belasten wollen.

Es könne aus allen diesen Gründen nur der Ansicht beigestimmt werden, daß der Vertragserbe nur unter denselben Voraussetzungen wie andere Erben sein Recht auf seine Erben transmittire.

Beseler, Erbverträge Th. 2. Bd. 1. §. 10. S. 217 bis 252.
Gerber, deutsches P.-R. §. 259.
Phillips, Grundsätze des gemein. deutschen P.-R. §. 173.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 533.

Vergl. Erbverträge c. 11 und die daselbst aufgef. Präjudizien.

B. Einzelne Transmissionsarten.

I.

Streitig ist, ob es eine sog. transmissio ex jure suitatis gebe.

Einige, namentlich die älteren Rechtslehrer, verstehen unter transmissio ex capite suitatis den Fall, daß der suus heres, welcher die angefallene Erbschaft sogleich im Augenblick der Delation ipso jure erwirbt, die Erbschaft auf seine Erben transmittire, wenn er den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebt habe, und selbst dann, wenn er von dem Anfalle der Erbschaft selbst gar nichts erfahren haben sollte.

Mackeldey, Lehrbuch §. 690.

Vergl.

Averanius, interpr. jur. lib. 4. c. 4. Nro. 11.
Höpfner, Institut. §. 547. Nr. 2a u. Not. 2.

Andere und zwar alle Neueren meinen, eine transmissio ex jure suitatis gebe es gar nicht, oder vielmehr: sie enthalte nur die Anwendung der Regel, daß ein bereits zum Vermögen des Erben gehöriges ererbtes Vermögen mit dem ersteren selbst auf dessen Erben übertragen werde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 149.
Sintenis, Civilrecht §. 204. Not. 2.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 156.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 512.

II.

Streitig ist, wie der Satz in L. 19 C. de jure deliberandi 6, 30: filios familias paternam hereditatem deliberantes, posse et in suam posteritatem hanc transmittere etc., welcher zu der Annahme der transmissio ex jure suitatis Veranlassung gegeben hat, **zu verstehen sei.**

Einige meinen, mit Berufung auf L. 8 D. de jure deliberandi, bei jenen Worten sei der Fall gedacht, wenn ein suus heres abstinirt habe, hierauf um ein tempus deliberandi bitte, und während desselben sterbe, so übertrage er dieses sein Deliberationsrecht auf seine Erben.

Thibaut, Versuche Bd. 2. S. 179.

Andere meinen, es solle mit den fraglichen Worten auf die Vererblichkeit des einem Haussohne zustehenden jus abstinendi hingewiesen werden. Ehe nämlich ein filius familias sich ausdrücklich oder stillschweigend für das Behalten oder Ausschlagen der Erbschaft ausgesprochen habe, sei er ganz passend als deliberans aufzufassen, und dieses Deliberations- oder Wahlrecht sei nun auch auf die sui heredes des filius familias übergegangen, L. 7. §. 1 de acquir. vel omitt. hered.

Faber, de error. Pragm. dec. 34. err. 6.
Lauterbach, de transmiss. heredit. non acquisit. §. 10.
Berger, de transmiss. heredit. (in ejus diss. sel. disp. 17.) §. 5. p. 467.

Andere verwerfen beide Ansichten und suchen auszuführen, daß sich Justinian's Worte nur auf den Fall bezögen, wenn ein suus sich eine Deliberationsfrist erbeten habe, um sich zu bestimmen, ob er abstiniren wolle oder nicht. Sterbe der suus innerhalb dieser Frist, so gehe dennoch die demselben zugefallene Erbschaft auf die Erben desselben über, weil die Erbittung einer Deliberationsfrist noch nicht als wirkliche Abstention angesehen werden könne.

Steppes, die Transmission der Erbschaft nach röm. Rechte S. 46.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, nehmen jedoch die Transmission des jus abstinendi nicht allein auf suos heredes, sondern vielmehr auf alle Successoren des suus an.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 159 f. Siehe daselbst auch die Widerlegungen der übrigen Ansichten S. 165 f.

Andere sehen in jenen Worten eine Hinweisung auf den Fall, wenn ein suus unter der Bedingung „si volet" zum Erben eingesetzt, und vor Abgabe einer definitiven Erklärung verstorben sei. In diesem Falle solle nämlich seinen Descendenten noch immer das Recht zustehen, sich über die Annahme oder Ausschlagung jener Erbschaft zu erklären.

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 2. S. 66.

III.

Streitig ist, ob die sog. transmissio ex capite infantiae, oder ex jure patrio eine eigentliche Transmission sei*).

*) Dem Vater steht das Recht zu, die seinem unter sieben

Einige verneinen dies, da der Vater nicht als Erbe des Kindes, sondern kraft seines Rechts als Vater — jure patrio, quasi jam infanti quaesita — in dessen Recht eintrete. Es komme also gar nichts darauf an, ob er Erbe des Kindes geworden sei oder nicht.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 59.
Steppes, die Transmission S. 16.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 69.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. §. 115. Not. 1.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 520.
Braun, Dictate S. 616.

Andere meinen, der Begriff des Transmissionsrechts sei weiter zu nehmen; das Transmissionsrecht sei eine Ausnahme von der Regel: hereditas nondum adita non transmittitur ad heredis heredes; es sei also darunter das Recht zu verstehen, an der Stelle des Verstorbenen, wenn dieser vor dem Erwerbe verstorben sein sollte, die demselben deferirte Erbschaft anzutreten, und hiernach sei auch dieses Recht des Vaters als ein Transmissionsfall anzusehen.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 201 f.
Donelius, Comm. lib. 7. c. 4.
Warnkönig, Comm. §. 1088. T. 3. p. 373.

Vergl. Präj. 2 zu Contr. 4, das Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel in S. Nehring c. Wiedebusch.

IV.

Streitig ist, ob die transmissio Justinianea nothwendig voraussetze, daß der berufene Erbe nach erlangter Kenntniß des Erbschaftsanfalls gestorben sei.

Die Meisten behaupten dies, unterscheiden aber im Einzelnen. Einige nämlich meinen, wenn der Delat verstorben sei, ohne den Erbanfall erfahren zu haben, so bleibe zwar allerdings diese Transmission ausgeschlossen, dennoch aber werde den Erben des Delaten durch in integr. restitutio geholfen. Gerade weil in solchen Fällen schon die den Erbeserben vortheilhaftere transmissio ex capite in integr. restitutionis anwendbar sei, habe Justinian keine Veranlassung gehabt, seine neue Transmission hierauf zu beziehen. Natürlich werde vorausgesetzt, daß die Bedingungen dieser Restitution vorliegen. Die L. 19 C. de jure delib. 6, 30 spreche zwar nur von dem Falle, wenn der Delat den Erbanfall erfahren habe, und es lasse sich beweisen (s. v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 191), daß hier schlechthin die Voraussetzungen nicht vorliegen, um eine Restitution zu begründen, sondern daß die zur Restitution sonst erforderlichen Voraussetzungen auch hier vorhanden sein müßten. Insofern nun aber behauptet werde, daß sich in der L. 19 cit. keine Unterscheidung zwischen Wissenden und Nichtwissenden finde, und, soweit die Wissenschaft vorausgesetzt zu denken sei, darin nur der besonders problematische Fall hervorgehoben sei, wenn der Erbe den Anfall erfahren, sich aber keine Deliberation erbeten habe, indem gerade für diesen Fall die Transmission bedenklich habe erscheinen müssen, weshalb eine ausdrückliche Bestimmung dem Kaiser darüber nöthig geschienen habe: so erscheine diese Behauptung schon deshalb unrichtig, weil für den Anfang der Jahresfrist der Zeitpunkt der erhaltenen Kenntniß vom Erbanfalle ausdrücklich gesetzt sei. Die Gegner berufen sich noch auf die nicht glossirte Nov. 158, wo Justinian bestimme, daß seine neue Transmission auch dann Anwendung leide, wenn die Erbschaft einem infans deferirt, und dieses in der infantia, ohne die Erbschaft erworben zu haben, verstorben sei; denn da ein infans juristisch gar keinen intellectus habe, so könne davon keine Rede sein, daß es die Delation in Erfahrung gezogen habe, und noch weniger davon, daß es deliberire. Allein wenn dies richtig wäre, so müsse im Falle der Nov. 158 die Statthaftigkeit der transmissio Justinianes überhaupt geleugnet werden. Richtiger müsse deshalb die Entscheidung Justinian's aus einer für nöthig gehaltenen Begünstigung Unmündiger erklärt werden.

Lauterbach, de transmiss. hered. non acquis. §. 11. (in diss. acad. Vol. II. p. 1912)
Müller ad Leyser. obs. 571.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1446.
Malblanc, princ. §. 724.
Valett, Lehrbuch §. 1216.
Puchta, Lehrbuch §. 495. Anm. S. 555.
Braun, Dictate zu Thibaut S. 619.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 705. Not. 5 u. 15.
Derselbe in Glück's Pand. Bd. 41. S. 326.
Steppes, Transmission S. 57 u. 61.
Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 184. 8.
v. Haetitzsch, Erbrecht §. 219.
Roßhirt, test. Erbrecht Bd. 2. S. 192. Not. 3.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. S. 681. Not. 3.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 530.

Andere gehen von der Ansicht aus, daß, wenn der Delat in der Unwissenheit verstorben sei, die Erbeserben sich, abgesehen von dem singulären Falle der absentia reipublicae causa, weder auf dem Wege der in integr. restitut. noch auch vermittelst der transmissio Justinianes zur Erbschaft gelangen könnten, daß also hier alle und jede Transmission ausgeschlossen bleibe.

Ant. Faber, conject. lib. 16. c. 1.
Günther, princ. §. 836.
Höpfner, Institut. §. 546. Not. 4.
Westphal, Vorlegung und Eröffnung der Testam. §. 274 u. 278.
Glück, Intestaterbfolge S. 91. Not. 96 u. 97 vergl. mit S. 96.
Schweppe, röm. P.-R. §. 877.
Mejer das. Bd. 5. S. 252.
Seuffert, Lehrbuch §. 574. Not. 8.

Jahre alten Kinde deferirte Erbschaft, wenn der Berufene vor dem Erwerbe stirbt, für sich zu erwerben.

L. 30 pr. D. 29, 2.
L. 18. §. 1 u. 3 fin. C. 6, 30.

Dies ist die eigentliche sog. transmissio ex cap. inf. Dagegen ist das durch Justinian in

L. 8 C. 6, 61.

dem Vater eingeräumte Recht, die den Kindern über sieben Jahre angefallene Erbschaft, wenn sie dieselbe nicht haben wollen, für sich zu erwerben, kein Transmissionsfall, da vorausgesetzt wird, daß der Erwerb noch beim Leben geschieht. Im Fall des Todes des Kindes nach erfolgtem siebenten Lebensjahre, ohne daß eine Erklärung desselben erfolgt ist, wird sein Recht entweder auf seine Erben transmittirt, wenn Gründe für ein außerordentliches Transmissionsrecht vorliegen, oder die Erbschaft gelangt an diejenigen, welchen das Recht des Kindes im Wege stand.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 520.

Mackeldey, Lehrbuch §. 691.
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 403. Nr. 4. S. 405. Nr. 1.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 81.
v. Buchholtz, Abhandl. S. 89.

Andere gehen zwar auch von der Regel aus, daß die transmiss. Just. nicht anwendbar sei, wenn der Delat von der Delation nichts erfahren habe, nehmen aber dann eine Ausnahme an, wenn der Delat in der infantia verstorben ist.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 547.
Valett, Lehrbuch §. 1216.
Steppes, Transmission S. 58.

Andere meinen, daß dem Erben des Delaten, welcher ohne erlangte Kunde von dem Erbschaftsanfall verstorben sei, zwar niemals durch in integr. rest. Hilfe geschafft werden könne, daß aber allerdings in solchem Falle die transmiss. Just. vollkommen anwendbar sei (s. die Gründe bei der ersten Ansicht).

Duarenus in tit. de jure delib. cap. 2 u. in tit. de acquir. vel omitt. hered. cap. 5 fin.
Berger, de transmiss. hered. §. 27.
Niemeyer, de transmiss. Theodos. p. 15.
Fuhr in Schunk's Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. 22. S. 5.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 180 f. (wo die Gründe für diese Ansicht ausführlich entwickelt sind).

Präjudiz 1.

Soviel
ad grav. 1.
die Beschwerde anlangt, daß der Appellant beweisen solle:
daß und wann die Kammerräthin M. den Tod ihres Bruders erfahren habe*),
so sind seit der Einführung des römischen Rechts in Deutschland auch dessen Grundsätze über die Erwerbung einer Erbschaft gemeinrechtlich geworden.

Nach dem römischen Rechte steht nun der Grundsatz fest:
Hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes,
L. un. §. 5 C. de caduc. toll. 6, 52.
und fernere gesetzliche Vorschrift ist es, daß, bevor nicht dem Erben das Ableben des Erblassers und mit diesem Ableben die Delation der Erbschaft bekannt geworden, diese nicht hat angetreten werden können.

L. 19. L. 32 pr. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
L. 4 C. de postliminio reversis 8, 51.

Für den vorliegenden Fall besonders treffend heißt es in der
L. 7 C. de jure delib. 6, 30:
Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam agnosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuerit relictam, manifestum atque evidens est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere.

Ist hiernach, damit der einem Erblasser angefallene Nachlaß auf dessen Erben transmittirt werde, die Wissenschaft des Erblassers von der stattgehabten Delation erforderlich, so muß diese Wissenschaft auch thatsächlich begründet sein, und es genügt dazu keineswegs eine nur aus den Umständen entnommene moralische Ueberzeugung, auf die allein jedoch im vorliegenden Falle der Inhalt der Schriften deutet, in welchen die Kammerräthin M. (Vol. II. fol. 20) auf Immission in den Nachlaß ihres abwesenden Bruders gegen Caution anträgt, und späterhin ihren Sachwalt behuf der Cautionsbestellung beauftragt hat (Vol. II. fol. 45).

Aus den Thatsachen, aus denen sich ergeben muß, daß und auf welche Weise die Erblasserin die erforderliche Wissenschaft erhalten habe, muß zugleich aber auch — schon der zuständigen Gegenbeweise wegen — wenigstens einigermaßen die Zeit hervorgehen, zu der die Erblasserin die behauptete Wissenschaft erhalten haben soll.

Der erkannte Beweis entspricht daher sowohl den Rechten als dem Sachverhältnisse

Dagegen kann mit Grund auch auf das von dem Appellant gemachte Vorbringen:
daß der fragliche Nachlaß des abwesenden Kellner bereits zu einer Zeit, zu der derselbe längst todt gewesen sei, von seiner gesetzlichen Erbin ihm, dem Appellanten, vertragsmäßig überwiesen worden,
nicht Bezug genommen werden, da, wenn der obigen Ausführung zufolge, der Kammerräthin M., insofern das Ableben ihres abwesenden Bruders noch nicht bekannt gewesen, dessen Nachlaß selbst noch nicht deferirt war, dieselbe auch diesen Nachlaß einem Dritten nicht übertragen konnte.

Bescheid des OAG. zu Wolfenbüttel vom 11. Jan. 1839, in A.-S. v. Amsberg c. Kellner'schen Curator.

Präjudiz 2.

In A.-S. Nehring c. Wiedebusch wurde unter dem 17. Oct. 1844 vom OLG. zu Wolfenbüttel zum Bescheide ertheilt, daß,
da ein Ausnahmefall der Transmission entweder der Erbschaft oder des Successionsrechts auf die Mutter und Erbin der Elise Nehring nicht vorhanden ist, indem

a) die transmissio ex capite infantiae oder ex jure patrio lediglich dem Vater, nicht der Mutter, zu Statten kommt, und voraussetzt, daß die Erbschaft einem Kinde angefallen und solches innerhalb der Jahre der Kindheit verstorben war,
L. 18 C. de jure delib. 6, 30.
an welchen Bedingungen es gänzlich fehlt; und insofern

b) eine transmissio ex capite restitutionis in integrum aus der Person der Elise Nehring oder aus der Person deren Mutter etwa begründet gewesen sein sollte, letzte die fraglichen Erbschaften, ohne Rücksicht auf die erlangte Kenntniß des Anfalles, und da als Abwesenheit im gesetzlichen Sinne nur die Abwesenheit vom Domicile, nicht das Nichtgegenwärtigsein im Gerichtsstande der Erbschaft, in Betracht kommt, spätestens innerhalb der vierjährigen Restitutionsfrist, vom Tode der Elise Nehring angerechnet, anzutreten gehabt haben würde; übrigens auch die Behauptung, daß die Mutter der Elise Nehring die Erbschaften schon im Jahre 1821 angetreten habe, als nicht genügend substantiirt, nicht zu beachten steht,
das Rechtsmittel abgeschlagen werde.

Bestätigt durch Besch. des OAG. vom 3. Juli 1846.

1) Eine ex capite infantiae angenommene Transmission der Erbschaft,
L. 18 pr. u. §. 1 C. de jure delib.
L. 8 pr. u. §. 1 C. de bonis quae liber.
kann hier nicht stattgefunden haben, da die Erbin Elise Nehring weder als infans, noch bei Lebzeiten ihres Vaters — der dazu allein patrio jure, nicht auch die Mutter berechtigt war — gestorben ist.

2) Die auf L. 19 C. de jure delib. gegründete Justinianische Transmission des Erbrechts anlangend, so war die Antretung der Erbschaft durch die Erbin selbst an keine sie begränzende Zeit gebunden, da ihr eine Deliberationsfrist nicht gesetzt worden. Wäre nun diese innerhalb Jahresfrist seit dem Anfalle der Erbschaft gestorben, so würde ihr Erbrecht, und zwar nach der richtigeren Meinung nicht bloß in dem in jenem Gesetze erwähnten Falle erhaltener Kunde von der Delation, sondern auch ohne dieselbe auf ihre Mutter, die Klägerin, übergegangen, jedoch würde für diese die Befugniß zur Antretung der Erbschaft nur auf ein Jahr nach ihrer Tochter Tode be-

*) Der Bruder der Kammerräthin M., Chr. Friedr. Kellner, war auf einem holländischen Schiffe nach Ostindien gegangen, und hatte seit 1789 keine Nachricht von sich ertheilt; mehre Umstände ließen auf sein Ableben schließen, und er wurde daher in der Familie als todt betrachtet. Weil aber der Beweis seines Todes fehlte, so ward sein Vermögen unter Curatel gestellt, welche im J. 1828 dem Appellaten übertragen wurde. Im J. 1829 schloß nun der Appellant mit der Kammerräthin M. einen Leibrenten-, resp. Erbvertrag, in welchem dieselbe ihm ihr ganzes Vermögen unwiderruflich für den Todesfall gegen eine jährliche Rente zuschrieb. In der Urkunde wurde auch das Vermögen des Chr. Fr. Kellner mit übertragen. Die Zulassung des Antrages auf Zusprechung des Kellner'schen Nachlasses machte das herzogl. Kreisgericht von der Führung des Beweises abhängig: daß und wann der Verschollene Chr. Fr. Kellner vor der Kammerräthin M. verstorben sei, diese von dem Tode desselben Kenntniß erhalten und dessen Erbschaft angetreten habe.

schränkt gewesen sein. Da nun aber die Erbin, der Klägerin Tochter, nach Ablauf jenes Jahres, obwohl ohne Kunde von der Delation, gestorben ist, so hat ohne Antretung der Erbschaft eine Transmission auf ihre Mutter nicht stattgefunden.

L. 7 C. de jur. delib.

3) Es kann demnach nur noch die transmissio ex capite in integrum restitutionis in Erwähnung kommen. Da nun aber diese außer einem Restitutionsgrunde auch eine Verletzung erfordert, eine solche jedoch weder die Erbin selbst erlitten hat, indem ihr Recht zur Antretung bis zu ihrem Tode unbeschränkt fortdauerte, noch deren Erbin, die Klägerin, da, wie ad 2) ausgeführt worden, die Befugniß zur Antretung der Erbschaft seit dem Tode ihrer Tochter ihr nicht mehr zukam, sie also durch deren Versäumung eine Verletzung nicht erleiten konnte, so mangelt es an der rechtlichen Voraussetzung der Restitution sowohl aus der Person der Erbin, als aus der eigenen Person der Erblasserin.

Wollte man gleichwohl eine Verletzung der Erbin, und folgeweise auch der Klägerin darin finden, daß von Seiten jener bloß aus Unkunde von der Delation die Antretung unterlassen sei, und daher die Restitution für statthaft erachten, nicht bloß für einzelne Fälle aus rechtlichen Gründen, z. B.

L. 86 pr. D. de acquir. vel omitt. hered.

dergleichen von der Klägerin nicht einmal angeführt worden, sondern überhaupt ex clausula generali auch aus factischen Gründen, so ist doch auch das von dem Zeitpunkte der Läsion, nicht der erlangten Wissenschaft anhebende quadriennium restitutionis,

L. 7 C. de temp. in integr. rest.
arg. L. 8 C. de dolo malo,

längst abgelaufen gewesen, als Klägerin ihre Klage erhob.

Demnach ist der Klagegrund mit Recht als unstatthaft verworfen.

V.

Nachdem durch die L. 19 C. de jure delib. eine Gleichstellung der sui und extranei heredes in Betreff der Transmission herbeigeführt wurde, wird in der L. 19 hinzugefügt: . . . praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa.

Man streitet, was unter diesem Zusatz zu verstehen sei.

Einige meinen, es sei zu unterscheiden, ob der berufene Erbe sich eine Deliberationsfrist erbeten habe oder nicht. Im ersteren Falle komme nicht das Jahr in Betracht, sondern wenn der Erbe innerhalb der ihm gesetzten Frist versterbe, so hätten seine Erben bis zum Ablauf dieser Deliberationsfrist ganz dieselben Rechte wie er selbst; sei aber keine Deliberationsfrist erbeten, dann hätten seine Erben noch bis zum Ablaufe eines Jahres die Befugniß, nach Gutdünken die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen.

Höpfner, Institut. §. 548 a. E.
Günther, princ. jur. Rom. III. §. 724.
Weber, Erläuter. der Pand. Bd. 2. S. 248. 267.
Schweppe, Lehrbuch §. 877.
Dessen Handb. von Mejer Bd. 5. S. 253.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 547.
Mackeldey, Lehrb. §. 691.
Seuffert, Lehrb. §. 574.
Valett, Lehrb. §. 1216.
Puchta, Lehrb. §. 495. Anm. Nr. 4.
Thibaut, Versuche Bd. 2. S. 207.
Glück, Intestaterbfolge S. 90.
Roßhirt, Erbrecht Bd. 2. S. 197.
v. Hartitzsch, Erbrecht §. 219.
Steppes, die Transmission S. 56 f.

Andere meinen, man müsse zwar unterscheiden, ob der berufene Erbe um Deliberation gebeten habe oder nicht, aber diese Unterscheidung habe nur folgende Bedeutung. Habe nämlich der Berufene sich eine Deliberationsfrist erbeten, und sei dann vor Ablauf dieser Frist verstorben, so sollten die Erbeserben noch immer ein volles Jahr zur Entschließung haben, und eben dies sei auch dann anzunehmen, wenn der Berufene vor erlangter Wissenschaft gestorben, und darum die Erbittung einer Deliberationsfrist unterlassen sei. Habe aber der berufene Erbe bereits Kenntniß von dem Erbanfalle erlangt, und sich doch keine Ueberlegungsfrist erbeten, so werde in das Jahr, was den Erbeserben zur Entschließung vergönnt sei, auch die Zeit mit eingerechnet, während welcher der Erbe den Anfall gekannt habe, und sei also von dieser Zeit an bis zum Tode des berufenen Erben schon ein volles Jahr abgelaufen, so falle alle Transmission weg.

Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2. §. 166. S. 54 f.

Andere meinen, daß jene ganze Unterscheidung, ob um Deliberationsfrist gebeten sei oder nicht, in Betreff der Transmission ganz ohne Einfluß sei; man müsse vielmehr in beiden Fällen gleichmäßig sagen, daß die Transmission stets nur während eines Jahres stattfinde, so daß also dieselbe immer dann ausgeschlossen sei, wenn der Berufene nach Ablauf eines Jahres versterbe, sollte auch die von ihm erbetene Deliberationsfrist im Augenblick seines Todes noch nicht völlig zu Ende gegangen sein.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 327.
Sintenis, Civilrecht §. 204. Not. 3.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 172.
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 403.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 529.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 321.
Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 79

Vergl. das zu Contr. 4 angef. Präj. 2, in S. Nehring c. Wiedebusch.

VI.

Streitig ist, ob die transmissio Justinianea stattfinde, wenn der Testator selbst eine Antretungsfrist gesetzt hat, und der Erbe vor deren Ablauf gestorben ist.

Einige verneinen dies; denn in der L. 19 C. de jure delib. sage der Kaiser von diesem Falle nichts, und die Worte: ut ex hac causa deliberare videatur zeigten, daß Justinian an diesen Fall gar nicht gedacht habe. Als jus singulare dürfe aber die Transmission auf diesen Fall nicht angewendet werden.

Thibaut, Versuche Bd. 2. S. 185.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 326

Andere meinen, es sei jetzt allgemein anerkannt, daß auch in diesem Falle die Transmission statthaft sei. Denn wenn auch dieser Fall in der L. 19 cit. nicht besonders hervorgehoben sei, so unterliege es doch keinem Zweifel, daß derselbe in den ganz allgemein gehaltenen Ausdrücken des Gesetzes: si deliberationem meruerit mitbegriffen sei.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 194
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 2[illegible]
Puchta, Lehrbuch §. 504. Nr. 1.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 531.
Sintenis, Civilrecht §. 204. Not. 3.

VII.

Streitig ist, ob die transmissio Theodosiana auch dann Platz greife, wenn ein Ascendent seinen Descendenten zum heres ex asse eingesetzt hat, und dieser dann vor der Eröffnung des Testaments verstorben ist.

Einige meinen, der Kaiser habe nur die Absicht gehabt, die Härten, welche aus dem Papischen Gesetze für die entfernteren Descendenten hervorgegangen wären, zu entfernen, und nach dem Papischen Gesetze sei die Caducität der Portion des vor der Testamentseröffnung wegfallenden Erben nur in dem Falle eingetreten, wenn mehre Erben eingesetzt wären, wogegen ein heres ex asse sofort nach dem Tode des Erblassers habe antreten dürfen, ohne die Testamentseröffnung abwarten zu müssen. Der Kaiser habe also nur an den Fall des Daseins mehrer zusammen Berufener denken können, und deute hierauf die Ausdrucksweise des Kaisers hin, indem er von den eingesetzten Erben immer in der Mehrzahl rede, wenn er von der Transmission der hereditaria portio spreche.

Maran, de transmiss. (in opp. edit Trotz p. 653).
Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 23 n. 25.
Glück, Intestaterbfolge S. 98.
Stevpes, die Transmission der Erbschaft S. 44.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 400.
Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 9. S. 73.

Andere meinen, auch für den Fall der Einsetzung eines Descendenten zum heres ex asse sei die Transmission anwendbar, obgleich nach Justinianischem Rechte die Intestaterbfolge des entfernteren Descendenten für ihn vortheilhafter sei als die Transmission, theils wegen des Wegfalls der Vermächtnisse, theils weil er seinen Großvater beerben könne, ohne Erbe seines Vaters geworden zu sein. (Die Ausführung der Gründe siehe bei Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 481.)

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 481.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 207.
Sintenis, Civilrecht Bd. 3. S. 687. Nat. 9.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 523.

VIII.

Streitig ist, ob die sog. transmissio Theodosiana auch dann Platz greife, wenn der eingesetzte Erbe noch bei Lebzeiten des Erblassers verstorben ist.

Einige meinen, die Transmission sei auch in diesem Falle zuzulassen. Denn das Gesetz mache keinen Unterschied zwischen der Zeit vor und nach dem Tode des Erblassers, sondern sage allgemein: ante apertas tabulas. Mit diesem Resultate grammatischer Interpretation stimme auch ganz die ratio legis überein; denn wenn der eingesetzte Erbe bei Lebzeiten des Erblassers verstorben sei, so sei dessen Portion wenigstens in causa caduci gewesen, was materiell dem wirklichen caducum gleichgestanden habe, L. un. §. 2 u. 4 C. de cad. toll. 6, 51, und wenn also das Gesetz überhaupt bezweckt habe, für die entfernteren Descendenten die Caducität unschädlich zu machen, so habe es sich gewiß auch auf jenen Fall bezogen. Endlich spreche für diese Ansicht auch die der transmissio Theodosiana überhaupt zu Grunde liegende Idee einer gesetzlichen Substitution; denn gleich wie der wirkliche Substitut an die Reihe komme, einerlei, ob der Institut vor oder nach dem Erblasser gestorben sei, so müsse dies auch bei dem gesetzlich angenommenen Substituten der Fall sein.

Hugo, heut. röm. Recht S. 168.
Hugo, Rechtsgesch. S. 994.
v. Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 122 f.
Buchholz, jurist. Abhandl. S. 71.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 61.
Fuhr in Schunk's Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. 22. S. 20.
Hunger, Erbrecht §. 136.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. Bd. 5. §. 877.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 547.

Andere erklären sich gegen diese Ansicht. Denn theils könne von einer hereditas et hereditaria portio — von dieser spreche das Theodosische Gesetz — vor dem Tode des Erblassers nicht wohl die Rede sein, theils folge daraus, daß die Erblasser zu Substitutionen ihre Zuflucht nähmen, um die Nachtheile der Caducität von ihrem Nachlasse abzuwenden, nichts weiter, als daß möglicherweise auch der Gesetzgeber zu diesem Mittel geschritten sei, während ihm doch vielfach andere Mittel zu Gebote gestanden hätten. Sodann sei die Ausdrucksweise entschieden gegen die Idee einer stillschweigenden Substitution. Der Ausdruck derelictam sibi hereditatem transmittere, sowie das transmittunt in der Rubrik des Titels (Cod. 6, 52) könne unmöglich für das Verhältniß eines Instituten zu dem Substituten gebraucht werden, da der Substitut nicht kraft des Rechts des Instituten, sondern vermöge eigenen Rechts, infolge einer neuen Delation, zur Erbfolge gelange. Ferner spreche die Art und Weise, wie Justinian über diese Transmission sich ausdrücke, L. un. §. 8 u. 13 C. 6, 51, entschieden gegen die Annahme einer gesetzlichen Substitution. Sodann ließen auch die Grundsätze über Notherbenrecht, wie sie in den Justinianischen Rechtsbüchern noch als völlig praktisch dargestellt würden, die Idee einer stillschweigenden Substitution für diese Transmission nicht zu, indem danach die entfernteren Descendenten, sofern nur ihr parens eingesetzt wäre, immer noch eventuell eingesetzt werden müßten, und von einer Präterition derselben und von den daraus hervorgehenden Rechtsmitteln, im Falle des Nachrückens, gar keine Rede sein könnte, während doch in Justinian's Rechtssammlungen sehr detaillirte Grundsätze darüber vorkämen.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 443 f.
Löbenstern in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 198 f.
Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 9. S. 64.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 524.
Niemeyer, de transmiss. Theodos. §. 24.
Stevpes, die Transmission der Erbschaft S. 40.
Mayer, die Lehre vom Erbrecht Bd. 1. S. 321.
Roßhirt, testamentar. Erbrecht Bd. 2. S. 201. u. Lehrb. §. 648.
Thibaut, System §. 826.
Braun, Dictate S. 618.
Puchta, Lehrbuch S. 556.
Varett, Lehrbuch §. 1216.
Göschen, Vorles. §. 942 a. E.

Präjudiz 1.

Nach einer richtigen Interpretation der

Conzt. unica de his qui ante apertas 6, 52.

setzt die hierin bestimmte Uebertragung der Erbschaft von Seite des als Erbe eingesetzten Descendenten (transmissio Theodosiana) stets voraus, daß jener den Testator überlebt habe, somit die Erbschaft ihm angefallen gewesen sei. Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß die Descendenten des Instituirten diesem als gesetzlich substituirt betrachtet werden müßten, ist daher dem wahren Sinn jener Gesetzstelle nicht entsorechend*).

Erk. des OAG. zu Daemstadt vom 3. Jan. 1844, in S. Hackmann c. Dasega.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 311.

*) Vergl. Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 61; v. Vangerow im Archiv für civil. Praxis Bd. 25. S. 481

Präjudiz 2.

In einer Reihe von Entscheidungen hat das OAG. zu Cassel ausgesprochen, es sei eine Voraussetzung der Theodosischen Transmission, daß der im Testament eingesetzte Erbe den erst mit dem Tode des Erblassers erfolgten Anfall der Erbschaft erlebt habe.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 33.

Präjudiz 3.

Es ist eine in der neuern Zeit sehr bestrittene Rechtsfrage, ob die sog. transmissio Theodosiana auch dann stattfinde, wenn der eingesetzte Erbe oder Legatar, nach Errichtung des Testaments, vor dem Testator gestorben ist.

Für die Verneinung dieser Frage äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung unter Anderem:

1) Während die (als Hauptstelle in Betracht kommende)

C. un. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt 6, 52.

mit keinem Worte erwähnt, daß sie eine Ausnahme von der allgemeinen Regel: daß erst durch den Tod des Erblassers die Erbschaft entsteht und deferirt wird, machen wolle, dieses aber doch, wenn eine solche Ausnahme beabsichtigt worden wäre, wie bei allen singulären Vorschriften, mit irgend einiger Bestimmtheit geschehen sein würde: drücken die Worte im Texte:

„derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere“

in der Gesetzessprache,

fr. 12 de regulis juris 50, 17:

„Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit,“

klar aus, daß in dem Gesetze von der Uebertragung — weiteren Vererbung — einer bei Lebzeiten des Uebertragenden existent gewordenen, demselben deferirten Erbschaft die Rede ist, was auch schon von selbst einleuchtet, da nach der Natur der Sache etwas, was bei dem Tode einer Person noch nicht existirt, von dieser nicht übertragen, nicht vererbt werden kann.

Dieser Wortsinn und der daraus sich ergebende Inhalt des Gesetzes findet aber auch seine weitere Bestätigung in der später von Justinian gegebenen

C. un. de caducis tollendis 6, 51.

wo im §. 5, genau zusammenhängend mit §§. 2, 3 u. 4, klar ausgesprochen ist, daß die

C. un. de his etc. 6, 52.

in ihrer Bestimmung über Transmission den Fall, wo der Honorirte den Erblasser überlebt hat, allein vor Augen habe. Ja es geht daraus und aus dem ganzen Inhalte der

C. un. de caducis 6, 51.

hervor, daß hier der spätere Gesetzgeber dem Theodosianischen Gesetze, indem er es in seinen Codex aufnehmen ließ, nur in jenem Sinne und Umfange Geltung und Anwendbarkeit gegeben hat.

2) Auch die logische Interpretation führt zu dem Resultate, daß Theodosius bei der Erlassung des Gesetzes nur den Fall, wo der Honorirte nach dem Erblasser gestorben, im Auge gehabt hat. Theodosius bezweckte, die Descendenten in ihrer Erbfolge gegen die frühere Gesetzgebung vortheilhafter zu stellen. Dazu war durch die lex Julia et Papia Puppsea eine sehr erhebliche Veranlassung gegeben. Zur Begünstigung des Fiscus hatte diese lex gegen den Inhalt und Geist der Gesetzgebung über das Erbrecht die gehässige Bestimmung eingeführt, daß durch Testament hinterlassene Erbtheile und Vermächtnisse cadue werden sollten, wenn der nach dem Testator verstorbene Honorirte die Eröffnung des Testaments nicht erleben würde. Wiewohl diese Bestimmung gegen Descendenten des Erblassers nur unter mildernden Modificationen zur Anwendung kommen sollte, so enthielt dieselbe immer noch eine im schneidenden Widerspruch mit der übrigen Gesetzgebung über das Erbfolgerecht der Descendenten stehende Härte gegen die Descendenz des Testators. Diese Härte zu beseitigen, und überhaupt (Fürsorge für) die Erbfolge der Descendenten in allen Graden . . . . machte sich Theodosius zur Aufgabe, indem er in der

C. un. de his etc. 6, 52.

verordnete, daß der vor der Apertur des Testaments verstorbene Descendent des Testators das ihm in dem Testament zugedachte, durch das vor seinem Tode erfolgte Ableben des Testators deferirte Successionsrecht auf die entfernteren Descendenten jeden Grades transmittiren könne. Weiter zu gehen und namentlich für den Fall, wenn der Honorirte vor dem Testator verstorben ist, eine neue gesetzliche Anordnung zu treffen, dazu lag nach der Absicht und dem Zwecke des Gesetzgebers darum kein Grund vor, weil die frühere Gesetzgebung schon dafür gesorgt hatte, daß im Falle des Ablebens des Honorirten vor dem Testator Nachtheile für die entfernteren Descendenten nicht eintraten. Nach der schon vor der Theodosianischen Verordnung bestandenen Gesetzgebung waren nämlich, wie es noch ist, die entfernteren Descendenten rücksichtlich ihrer gesetzlichen Erbfolge jedenfalls durch ihr Notherbenrecht, auf welches gestützt sie das Testament wegen ihrer Präterition als nichtig anfechten können,

§. 2 Inst. de exhered. liber. 2, 13.

gesichert, ja sie sind in dem Falle, wenn neben den im Testament bedachten Descendenten Nichtdescendenten zu Miterben berufen sind, durch ihr Notherbenrecht in einer vortheilhafteren Lage, als wenn sie als Testamentserben eintreten würden, indem sie dadurch, daß sie das Testament wegen Präterition als nichtig umstoßen, vermöge ihres Intestaterbenrechts die zu Miterben ernannten Nichtdescendenten von dem Nachlasse ausschließen, und deren testamentarische Erbtheile mitlucriren.

Angenommen aber, daß der Testator solche Eventualitäten nicht wollte und sein Testament dagegen in Wirksamkeit zu erhalten beabsichtigte, so konnte derselbe nach dem Ableben seines im Testament bedachten Descendenten anderweite sichernde letztwillige Verfügungen treffen.

Die Gründe der gegentheiligen Meinung erscheinen dagegen völlig gewichtlos. Man führt als solche im Wesentlichen an:

a) das Gesetz umfasse, grammatisch ausgelegt, in den Ausdrücken: „ante apertas tabulas defuncti“ die Zeit sowohl vor als nach dem Ableben des Testators. „Ante apertas tabulas“ sei auch gleichbedeutend mit „vor geschehener Delation der Erbschaft und Vermächtnisse“; denn durch die Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea, welche zur Zeit des Theodosius und bis auf Justinian gegolten habe, seien durch Testament hinterlassene Erbschaften und Vermächtnisse erst durch die Testamentseröffnung deferirt worden. Theodosius habe daher mit den Worten:

„ante apertas tabulas“

in jenem damals geltenden Wortsinne der lex Julia et Papia Poppaea geredet.

Allein bei der grammatischen Interpretation eines Gesetzes ist doch den darin gebrauchten Ausdrücken der Sinn beizulegen, welchen sie in der Gesetzessprache und in ihrer juristischen Erheblichkeit der Natur des Gegenstandes nach haben, so daß also, wenn in einem Gesetze von der Eröffnung eines Testaments gesprochen wird, dabei zu verstehen ist, daß der Testator gestorben ist, indem bei Lebzeiten des Testators die Eröffnung des Testaments zum Zwecke der Kenntnißnahme der danach eintretenden Erbfolge so wenig, als überhaupt, um rechtliche Folgen daran zu knüpfen, vorkommt. In jener Bedeutung allein ist auch nur in der lex Julia et Papia Poppaea von „ante apertas tabulas“ die Rede.

Weiter ist es sodann aber auch eine ganz unbelegte Behauptung, daß die lex Julia et Papia Poppaea gegen das ältere

Recht die Delation der Erbschaft auf die Zeit der Apertur des Testaments verschoben habe. — Die lex Julia et Papia Poppaea hat vielmehr durch ihre mehrerwähnte Anordnung nur die Möglichkeit der Antretung der Erbschaft bis zur Testamentseröffnung hinausgeschoben. . . . .

b) Man beruft sich ferner auf die ratio legis, indem Theodosius, welcher offenbar zu Gunsten der Descendenten die

C. un. de his etc. 6. 52

gegeben habe, auf halbem Wege stehen geblieben sein würde, wenn er nur für den Fall des Todes des Honorirten nach dem Ableben des Testators Transmission habe eintreten lassen. Zur Widerlegung dieses Grundes dient jedoch schon das oben unter 2. Gesagte.

c) Schließlich wird als ein Hauptgrund noch angeführt, daß der transmissio Theodosiana die Idee einer gesetzlichen Substitution zu Grunde liege, wie besonders aus den Worten: „licet non sint invicem substituti" hervorgehe. Allein daraus, daß der Gesetzgeber in jenen Worten eines Falles (der Substitution) erwähnt, wo der Grund der verordneten Transmission (da Substitution der entfernteren Descendenten deren Zweck erfüllt) wegfällt, läßt sich doch die aufgestellte Behauptung nicht rechtfertigen. Einfach und ganz der Natur des behandelten Gegenstandes gemäß sind vielmehr jene Worte dahin zu erklären, daß der Gesetzgeber den eintretenden Fall der von ihm eingeführten Transmission näher und zwar dahin beschreibt, daß er sich bei nicht vorhandener Substitution der entfernteren Descendenten ereigne.

Die vorliegende Behauptung einer gesetzlichen Substitution wird aber auch durch die oben unter 1) hervorgehobenen, allein den Fall des Ablebens des Honorirten nach dem Testator ausdrückenden Worte der Ueberschrift der

C. un. de his etc. 6, 52.

sodann des Textes „derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere" unzweifelhaft widerlegt, indem hiernach, während bekanntlich Substitutionen ohne Unterschied der Zeit des Wegfallens der eingesetzten Erben oder Vermächtnißnehmer wirksam werden, die rechtliche Natur einer Substitution in dem Gesetze nicht ausgedrückt, sondern das Gegentheil beschrieben ist.

Widerlegt wird jene Behauptung ferner noch besonders durch dasjenige, was Justinian im §. 5 der

C. un. de caducis etc. 6, 51.

über die Theodosianische Transmission gesagt hat (s. das oben unter 1. Bemerkte), sowie auch weiter besonders durch den Inhalt des §. 13 desselben Gesetzes, wo derselbe in den Worten:

„Quum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime nisi quibusdam personis ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire",

von der von ihm und Theodosius eingeführten Transmission im directen Gegensatze von Substitution redet.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 19. Juni 1847.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 233.

Präjudiz 4.

Uebereinstimmend mit der von den obersten Gerichten zu Darmstadt, Cassel und Wiesbaden angenommenen Ansicht, daß die transmissio Theodosiana ausgeschlossen sei, wenn der Instituirte den Testator nicht überlebt hat, wurde auch von dem OAG. zu Rostock erkannt.

Erk. vom 13. Oct. 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 70.

IX.

Streitig ist, ob die Theodosianische Transmission nur dann eintrete, wenn der eingesetzte Descendent zwar nach dem Tode des Erblassers, jedoch ante apertas tabulas verstorben ist, oder ob sie auch dann Platz greife, wenn derselbe auch nach Eröffnung des Testaments verstarb.

Einige beschränken die Transmission auf den ersten Fall, und stützen diese Ansicht darauf, daß dieselbe im Geiste des Theodosischen Gesetzes begründet sei, weil der Kaiser im Allgemeinen die entfernteren Descendenten nicht habe begünstigen, sondern dieselben nur gegen die speciellen Nachtheile sichern wollen, welche für sie aus den Bestimmungen des Papischen Gesetzes erwachsen und schlechthin nur eingetreten seien, wenn der eingesetzte parens vor der Testamentseröffnung, also zu einer Zeit gestorben sei, wo er die Erbschaft nach den Vorschriften des Papischen Gesetzes noch nicht habe antreten dürfen.

Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 10.
Steppes, die Transmission der Erbsch. S. 42.
v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 73.
Mayer, die Lehre vom Erbrecht Bd. 1. Not. 5. S. 328.
Thibaut, System §. 826.
Schweppe, Lehrbuch §. 877.
Vatett, Lehrbuch §. 1216.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 401.

Andere meinen, sie greife auch dann Platz, wenn der eingesetzte Descendent nach Eröffnung des Testaments verstarb. Hierfür wird die Aufnahme des Theodosischen Gesetzes in den Justinianischen Codex gerade mit den kritischen Worten: et ante apertas tabulas defuncti, und das Vorkommen der Worte in der Titelrubrik ante apertas tabulas (Cod. 6, 52) geltend gemacht. Sodann sei es schon von vorn herein ein fast nothwendiger Schluß, daß, wenn eine Transmission der Erbschaft sogar dann stattfinde, wenn dieselbe dem Transmittenten noch gar nicht einmal deferirt sei, dieselbe noch um so viel mehr nach der geschehenen Delation stattfinden müsse. Dieser Schluß werde noch dadurch bestärkt, daß man nicht wohl einsehen könne, weshalb die Descendenten des noch später Gestorbenen schlimmer daran sein sollten, als die Descendenten desjenigen, welcher früher gestorben sei. Und was so schon nach allgemeinen Betrachtungen sich als billig und nothwendig herausstelle, sei denn auch wirklich nach dem Wortlaute des Gesetzes anzunehmen; denn wenn der Kaiser sage, die eingesetzten Descendenten sollten ihre Erbportion auf ihre Kinder transmittiren, „licet et ante apertas tabulas defuncti sint", so heiße das doch gewiß nichts anders, als daß sogar in diesem Falle die Transmission stattfinden solle, und also sicher noch um so viel mehr, wenn der Eingesetzte erst nach Eröffnung des Testaments verstorben sei.

Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 23.
v. Löhr in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 195.
Glück, Intestaterbfolge S. 99.
Hunger, Erbrecht §. 135.
Löbenstern in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 208.
Fuhr in Schunk's Jahrbüchern Bd. 22. S. 21.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 200 f.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 547.
Mejer in Schweppe's röm. P.-R. §. 887.
Puchta, Lehrbuch §. 705.
Seuffert, Lehrbuch §. 574.

X.

Streitig ist, ob die transmissio Theod. nur auf die Testamentserbfolge beschränkt,

oder ob sie auch bei der Intestaterbfolge anwendbar sei.

Die Meisten beschränken sie auf die Testamentserbfolge; denn das ganze Gesetz spreche von Anfang bis zu Ende bloß von dem testamentarischen Erben, und keine Wendung, keine auch noch so entfernte Andeutung komme vor, wonach der Gesetzgeber auch an die Intestaterbfolge gedacht habe. Erwäge man nun überdies, daß die Vorschriften der lex Julia et Papia nur auf die testamentarische Erbfolge gingen, und bei der Intestaterbfolge weder Caducität vorkomme, noch irgend ein Aufschub der Erbschaftserwerbung stattgefunden habe, sondern die Erbschaft auch nach diesem Gesetze immer sogleich nach dem Tode des Erblassers habe angetreten werden können, so finde man, daß auch die Gründe, welche den Kaiser zur Einführung seiner transmissio bewogen, auf die Intestaterbfolge schlechthin keine Anwendung finden, und also der Kaiser verständiger Weise gar nicht hätte daran denken können, auch auf sie sein Gesetz erstrecken zu wollen. Der zur Intestatsuccession Berufene, welcher, ohne angetreten zu haben, wegfalle, stehe immer demjenigen Testamentserben gleich, welcher post apertas tabulas weggefallen sei, und wenn das Theodosische Gesetz sich nach der richtigen Ansicht nicht auf den Letzteren bezogen habe, so könne es aus demselben Grunde auch auf Intestaterben keine Anwendung leiden.

Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 21.
Glück, Intestaterbfolge S. 96.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 44.
Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 72. Not. 134.
Mayer, die Lehre vom Erbrecht Bd. 1. S. 326.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 17.
Roßhirt, testam. Erbfolge Bd. 2. S. 499.
Braun, Dictate S. 617.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 401.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 547.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 705.
Schweppe, röm. P.-R. §. 877.
Warnkönig, Lehrbuch §. 1087.
Seuffert, Lehrbuch §. 574.
Valett, Lehrbuch §. 1216.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 470.

Andere meinen, diese Transmission sei auch bei der Intestaterbfolge anwendbar, weil der Grund dieser Transmission, welcher in der L. un. C. de his qui ante apertas tab. hered. transm. angeführt werde, ganz allgemein und auch auf die Intestaterbfolge anwendbar sei.

Lauterbach, diss. de transmiss. hered. non acquis. §. 30.
und die zahlreich bei Glück, Intestaterbfolge S. 96. Not. 5 Aufgef.
Glöckner, de transmiss. hered. cap. 5. p. 17.
Christ, de transmiss. cap. 3. Nro. 8.
Brükner, de transmiss. hered. §. 19.
Berger, de transmiss. hered. Nro. 21.
Puchta, Lehrbuch S. 536 a. E.
Löbenstern in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 212.

XI.

Streitig ist, ob die entfernteren Descendenten, um auf die Transmission Anspruch machen zu können, auch ihren verstorbenen parens beerbt haben müssen.

Einige behaupten die Nothwendigkeit dieser Beerbung; denn dies gehe schon aus dem Begriffe der Transmission von selbst hervor, das Gesetz enthalte auch keine ausdrückliche Ausnahme hiervon, ja im Gegentheil müsse man in den Worten desselben: „si tamen hereditatem non recusant" eine ausdrückliche Vorschrift darüber erblicken, indem es viel natürlicher sei, sie auf die Erbschaft des transmittirenden Erben, als auf die großelterliche Erbschaft zu beziehen, hinsichtlich welcher es ganz überflüssig gewesen sei, zu bemerken, daß die entfernteren Descendenten solche erwerben könnten, wenn sie dieselbe nicht ausschlügen, während in Bezug auf die Erbschaft des transmittirenden Erben jene Worte offenbar eine erhebliche Bedeutung hätten, indem sie eben als Voraussetzung der Transmission, welche in deren Natur liege, aussprächen, daß die entfernteren Descendenten die Erbschaft ihres vorverstorbenen Vaters angetreten haben müßten.

Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 9.
Voet ad tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 11.
Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 25.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 61.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 38.
Löbenstern in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 207.
Mayer, Lehre vom Erbrecht Bd. 1. S. 329.
Roßhirt, testam. Erbfolge §. 159 a. E. S. 203
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth. 2. S. 399 a. E.
Schweppe, röm. P.-R. §. 877.
Thibaut, System §. 828.
Braun, Dictate S. 619.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 527.

Ebenso habe der Kaiser seine Transmission durch die Fiction vermittelt, daß der eingesetzte und vor der Testamentseröffnung verstorbene Descendent die ihm nur deferirte Erbschaft bereits erworben habe.

Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 9. S. 75.

Andere meinen, die Frage müsse verneint werden, denn in dem Gesetze werde diese Voraussetzung nicht angeführt, und ebensowenig lasse sich nachweisen, daß eine solche Annahme civilistisch nothwendig sei; bloße Möglichkeiten aber, oder selbst auch Wahrscheinlichkeiten, dürften uns nicht bestimmen, für eine Rechtswohlthat ein erschwerendes Requisit anzunehmen, welches in keinem Gesetze angeordnet sei. Die (von Huschke) angenommene Fiction werde durch die Worte des Gesetzes nicht begründet; die höchstens dafür anzuführende Stelle, daß den Enkeln die Befugniß gegeben werden solle, die großelterliche Erbschaft tanquam debitam vindicare, sei dazu ungenügend, da das vindicare hier nicht in seiner eigenthümlich technischen Bedeutung gebraucht sei, wie schon die Verbindung mit dem debitam ergebe, sondern nur bedeute, daß die Enkel die Erbschaft in rechtlichen Anspruch nehmen könnten. (Siehe die übrigen ausführlichen Gründe bei v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 472 f.)

v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 76.
Fuhr in Schunk's Jahrbüchern Bd. 22. S. 20.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 547.
Meier in Schweppe's röm. P.-R. §. 877.
Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 17.
und besonders v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 472 f.

XII.

Streitig ist, ob die transmissio Theod. auch bei eingesetzten sui heredes Anwendung leide, oder ob sie nur bei solchen Kindern

Platz greife, die nicht in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehen.

Einige meinen, das Theodosische Gesetz sei auch auf eingesetzte sui heredes anwendbar, weil die transmissio Theod. eine gesetzliche Substitution sei.

Bucher, System der Pand §. 458.
v. Buchholz, jurist. Abhandl. S. 72.
Roßhirt, testam. Erbrecht Bd. 2. S. 200.
Cassel, de transmiss. §. 55.
Berger, de transmiss. §. 19.

Andere erklären sich gegen die Ausdehnung der Transmission auf sui heredes, beschränken sie also ausdrücklich auf non sui; denn wenn auch die Worte eine solche Anwendung auf sui zulassen möchten, indem das Gesetz allgemein von Kindern rede, ohne die Kinder in der Gewalt ausdrücklich von den übrigen zu unterscheiden, so seien doch ganz entschiedene innere Gründe vorhanden, welche eine solche Beziehung schlechthin ausschlössen. (Siehe die Gründe dieser Ansicht bei v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 486 f.)

A. Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 9.
Lauterbach, de transmiss. hered. §. 14.
Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 19.
Glück, Intestaterbfolge S. 97.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 53.
Walett, Lehrbuch des Pandektenr. §. 1216.
Göschen, Vorles. Bd. 3. Abth 2. S. 399.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 350.

XIII.

Streitig ist, ob die Erbschaft auch auf solche Descendenten des eingesetzten Erben transmittirt werden könne, welche im Augenblick des Todes des Erblassers noch nicht concipirt waren.

Einige verneinen dies, weil die transmiss. Theod. eine gesetzliche Substitution sei, und der Grundsatz bestehe, daß Niemand, der nicht im Augenblicke des Todes des Erblassers wenigstens concipirt sei, mit Wirksamkeit zum Erben eingesetzt, mithin auch nicht substituirt werden könne.

Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 16 f.

Die Meisten bejahen die Frage, weil Theodosius eine wahre Transmission eingeführt habe. Da nämlich danach den entfernteren Descendenten nicht selbst die großväterliche Erbschaft deferirt werde, sondern dieselben nur in die Delation ihres praedefunctus parens eintreten, da sie, um so zu sagen, nicht jure proprio, sondern jure praedefuncti parentis succedirten, so könne es darauf, ob sie selbst von ihrem Großvater hätten eingesetzt werden können, nichts ankommen, sondern nur das sei entscheidend, daß sie Descendenten des eingesetzten Erben seien. Hiernach sei es nicht zweifelhaft, daß auch die im Augenblick des Todes des Erblassers noch nicht concipirten Descendenten vermöge der transmiss. Theod. nicht weniger, wie vermöge der Justinianischen, zur Erbschaft ihrer Großeltern gelangen könnten.

Brükner, de transmiss. §. 21.
Niemeyer, de transmiss. Theod. §. 20.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 489.

XIV.

Streitig ist die transmissio Theod. in Beziehung auf Adoptivkinder.

Einige meinen, wenigstens für den Fall der sog. adoptio plena sei die Transmission anzunehmen.

Diebl, de transmiss. Theod. (1814) §. 20.

Andere meinen, die Frage habe eine doppelte Bedeutung; einmal frage es sich, ob, wenn Jemand sein Adoptivkind zum Erben eingesetzt habe, dieses die väterliche Erbschaft auf seine leiblichen Descendenten transmittire? Da das Adoptivkind, so lange es in der Adoptivfamilie sich befinde, auch suus heres des Adoptivvaters bleibe, bei eingesetztem suus heres aber von dieser Transmission keine Rede sein könne, so sei diese Frage zu verneinen. Sodann aber bestehe die Frage, ob, wenn Jemand seinen leiblichen Descendenten eingesetzt habe, dieser die väterliche Erbschaft auf seine Adoptivkinder transmittire? Auch diese Frage sei zu verneinen, da die Verordnung offenbar auf das blutsverwandtschaftliche Verhältniß zwischen dem Transmissar und dem Erblasser besonderes Gewicht lege, bekanntlich aber die Adoptivkinder Jemandes mit den Eltern ihres Adoptivvaters in gar keinem Nexus stehen, und die letzteren namentlich nicht als ihre Großeltern betrachtet werden könnten.

Brükner, de transmiss. §. 20.
Niemeyer, de transmiss. Theod §. 19.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 490.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 526.

XV.

Streitig ist, ob die transmiss. Theod. sich auf die Descendenten der drei ersten Grade beschränke, oder ob dieselbe auch dann Platz greife, wenn Descendenten entfernterer Grade instituirt seien.

Einige beschränken die Transmission auf die drei ersten Grade.

Maran, de transmiss. (in opp. p. 653).
Faber, error. Pragm. dec. 34. err. 9.

Andere lassen die Transmission auch bei entfernteren Descendenten zu.

v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 25. S. 492.

XVI.

Ueber den Umfang der sog. transmissio ex capite restitutionis herrscht Streit.

Einige meinen, jedes factische Hinderniß, also jede absentia, sowie jede Unwissenheit über die Delation reiche hin, um eine Restitution ex clausula generali, welche der verstorbene Erbe wegen Unterlassungen hätte suchen können, zu begründen, und komme dessen Erben zu Gute.

Pufendorf, obs. T. 4. obs. 265.
Böhmer, Rechtsfälle Bd. 2. resp. 127.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 75.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 62.
Thibaut, System §. 826.
Sintenis, Civilrecht §. 204. Not. 6.

Andere meinen, die Wiedereinsetzung geschehe nur, a) wenn der Erbe durch eine rechtliche Nothwendigkeit, und zwar nur durch diese behindert sei, die Erbschaft anzutreten, und b) wenn er im Staatsdienste abwesend, die Erbschaftsantretung versäumt habe, und während dieser Abwesenheit gestorben sei. Er selbst hätte, wenn er nicht gestorben wäre, Restitution nöthig

gehabt und erhalten, und diese sollten nun auch seine Eeben bekommen, L. 1 C. 2, 51. Wenn der Abwesende jedoch noch innerhalb der Antretungsfrist verstorben sei, und also selbst die Antretung noch nicht versäumt habe, so liege zwar nach strengem Rechte kein Grund vor, seinen Erben Restitution zu ertheilen; der Billigkeit wegen lege jedoch das römische Recht (L. 86 D. 29, 2) die Befugniß dazu bei (ex persona defuncti), obgleich für ihn eine Läsion fehlte.

Schweppe, röm. P.-R. §. 877.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 319.

Andere meinen, die Bedeutung der sog. clausula generalis habe von jeher den Juristen viel zu schaffen gemacht. Die Bedeutung möge aber sein, welche sie wolle, so sei doch in der L. 7 C. de jure delib. 6, 30 entschieden, daß bei Transmissionen die gewöhnliche Ausdehnung der clausula generalis mehr als bedenklich sei; denn danach müsse der Berufene die Antretung wegen eines unverschuldeten Hindernisses selbst versäumt haben, um sein Restitutionsrecht auf seine Erben zu transmittiren, für ihn selbst müsse also der Grund einer Restitution eingetreten sein; wenn aber der Berufene vor der eingetretenen Versäumniß sterbe, so sei er noch gar nicht lädirt und transmittire also auch sein Recht nicht; auch seine Erben könnten sich über eine laesio nicht beschweren, da ihnen ja die Antretung einer ihrem Erblasser deferirten Erbschaft nicht möglich, auch es gar nicht einmal gewiß sei, ob ihr Erblasser die Erbschaft wirklich erworben haben würde. Hiernach müsse der Satz aufgestellt werden: Die Erbeserben können Restitution wider die nicht erfolgte Erbesantretung nachsuchen, so oft das Recht auf eine solche Restitution bereits beim Leben ihres Erblassers begründet war, oder absentia reipublicae causa die Ursache wurde, weshalb derselbe die Erbschaft nicht erwarb (L. 86 pr. L. 30 pr. de acquir. vel omitt. hered.), außerdem aber, wenn zweifellos feststeht, daß ein unverschuldetes factisches Hinderniß die mittelbare Ursache einer Rechtseinbuße für die Erben geworden ist.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 547.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 187 f.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 182 f.

Präjudiz 1.

Das Rechtsmittel der Restitution gegen die Versäumung der Erbschaftsantretung von Seiten des Eeben ist für dessen Erben alsdann begrändet, wenn derselbe durch rechtliche Verhältnisse an der Antretung verhindert gewesen, oder doch Gründe der Billigkeit vorlagen, woraus der zur Erbschaft Berufene selbst, wenn er noch lebte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hätte verlangen können, in welchem Falle sie ex persona defuncti ertheilt wird. Die Römer haben einzelne Fälle einer auf solche Art entschuldbaren Säumniß angeführt. Aber von solchem Anführen einzelner Anwendungen gesetzlicher Grundsätze auf mehr oder weniger scharf begränzte Rechtsfälle läßt sich, zumal in der Materie der Restitution nicht annehmen, daß es geschehen sei, um die Anwendung dieser Rechtsfätze auf andere Fälle auszuschließen. Daher waltet kein Bedenken ob, den erwähnten gesetzlichen Grundsatz auch auf den Fall anzuwenden, wenn die von dem Berufenen nicht angetretene Erbschaft zu der Zeit, als derselbe starb, Gegenstand einer dem nachgelassenen Ehegatten zustehenden Leibzucht war. Das Institut der Leibzucht (wie solches im Nassauischen besteht) legt dem Leibzüchter so umfassende Rechte bei, daß der sog. Eigenthumserbe von der Verwaltung völlig ausgeschlossen ist, und vor beendigter Leibzucht dritten Personen gegenüber als Universalrechtsnachfolger des Erblassers weder in Ansprench genommen werden, noch activ auftreten kann. Daher wird es nicht leicht Jemand, und (wegen Unsicherheit des Erbschaftsbetrages und möglicher Dilapidationen des Leibzüchters) dem Vorsichtigsten am wenigsten einfallen, während der Beleibzüchtigung der offen gewordenen Erbschaft bloß in perpetuam rei memoriam eine Erklärung über die Antretung der Erbschaft abzugeben. Da überdies die eheliche Leibzucht ein deutsch-rechtliches Institut ist, und nach deutscher Rechtsansicht die Erbschaftsantretung überhaupt nicht als Bedingung der Erbschaftserwerbung erscheint, so läßt sich die Transmission auf die Erben des Berufenen, welcher bei der während seiner Lebzeit von dem hinterlassenen Ehegatten des Erblassers geübten Leibzucht die Erbschaftsantretung unterlassen hat, mit Grund nicht beanstanden.

Erk. des OAG. zu Wiesbaden vom 12. Oct. 1836.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 267.

XVII.

Streitig ist, ob außer den Fällen, wo in den Gesetzen der Transmission ex capite in integr. restitutionis erwähnt wird (L. 86 D. de acquir. vel omitt. hered. 29, 2. L. 1 C. de restit. milit. 2, 51), noch andere Restitutionsfälle zu gestatten sind.

Einige meinen, außer dem in L. 86 cit. erwähnten Falle, wenn der Erbe, im Staatsdienste abwesend, die Erbschaftsantretung versäumt habe und während dieser Abwesenheit gestorben sei, sowie außer dem in L. 1 C. cit. erwähnten Falle, wo der Abwesende, dem während der Abwesenheit die Antretungsfrist abgelaufen, nach diesem Ablaufe gestorben sei; — er selbst hätte, wenn er nicht gestorben wäre, zur Antretung die in integr. rest. propter absentiam reipublicae nöthig gehabt und erhalten; diese Wiedereinsetzung bekommen nun auch seine Erben — werde dann, wenn der Erbe durch eine rechtliche Nothwendigkeit, und zwar nur durch diese, behindert worden sei, die Erbschaft anzutreten, Restitution ertheilt. Die Ausdrücke in L. 5 D. de bon. poss. contra tab. L. 12 D. de Carb. ed. L. 6. §. 1 D. de bon. libert. L. 3. §. 30 vergl. mit L. 4 D. de SC. Silan. seien nur Umschreibungen der Restitution oder Bezeichnung ihrer Wirkung. Ebensowenig sei es ein Hinderniß, daß es hier an einer Grundbedingung der Restitution, an einer Läsion fehle. Denn immer sei das Hinderniß der Grund, weshalb dem Berufenen die Erbschaft nicht erworben werden konnte, und aus diesem Gesichtspunkte könne man von einer Läsion sprechen, wie ja auch wegen Abwesenheit des Erben in öffentlichen Angelegenheiten die Erben desselben restituirt würden, weil sie die Ursache des Nichterwerbs der Erbschaft gewesen, ungeachtet beim Tode des Berufenen noch keine Restitution eingetreten sei.

Schweppe, röm. P.-R. Bd. 5. §. 877. Nr. 4.
Francke, Beiträge S. 70.
Konopack, Institut. § 426. Not. p.
Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 12.
Fabricius, die bonor. poss. S. 185 u. Not. 271.
Puchta, Lehrbuch §. 493. Not. 5.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 69.
Schröter in Siebenkees jur. Magazin Bd. 1. § 11.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 62.

Andere halten die Ansicht für richtiger, nach welcher auf die Erben des Berufenen das Recht desselben ge-

radezu, d. h. ohne Vermittelung durch die in integr. rest. übergehe; die Ausdrücke in den leg. cit. müßten nicht von der Restitution verstanden werden. Alle jene Fälle, welche hier in Frage ständen, hätten das miteinander gemein, daß ein juristisches Hinderniß der Erbschaftsantretung entgegenstehe, während in den Fällen, wo von einer in integr. rest. gesprochen werde, dem Erwerbe ein factisches Hinderniß im Wege stehe. Auch in anderen Fällen sei zwischen rechtlicher und factischer Verhinderung der anerkannte Unterschied, daß wegen ersterer ein Rechtsverlust ipso jure nicht eintrete, wegen letzterer gegen einen nach strengem Recht eingetretenen Verlust nur durch Restitution geholfen werden könne. Man könne also hier, wie in den meisten Transmissionsfällen, mit Recht sagen, daß das Gesetz dem Erben des Erben das eigentlich nur ihrem Erblasser zustehende Recht des Erbschaftserwerbes gewähre.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 179—182.
Mayer, Erbrecht S. 319 f.
v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. S. 183.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 11. S. 516.
Sintenis, Civilr. §. 204. Not. 4.
Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 34.

Präjudiz 1.

Es findet sich im römischen Rechte keineswegs eine allgemeine Regel, daß die Befugniß zur Antretung einer Erbschaft auf die Erben des berufenen Erben transmittirt werde, sobald der letztere auf irgend eine Art an der Antretung rechtlich behindert gewesen sei; sondern die hierher gehörenden Gesetzstellen

fr. 84 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
fr. 3. §. 30—32. fr. 4 de SC. Silaniano 29, 5.
fr. 4. §. ult. fr. 5 de bonor. possess. contra tab. 37, 4.
fr. 12 de Carbon. edict. 37, 10.
fr. 6. §. 1. fr. 42. §. 3 de bonis libertor. 38, 2.

betreffen sämmtlich nur gewisse specielle Fälle, wobei besondere Gründe und Verhältnisse eintreten, und können daher auf andere Fälle höchstens dann analogisch ausgedehnt werden, wenn diese den dort genannten hinsichtlich jener Gründe und Verhältnisse ähnlich sind. Als ein solcher läßt sich aber der hier vorliegende Fall nicht ansehen, welcher vielmehr den in den obigen Gesetzen vorkommenden Fällen ganz unähnlich ist. Bei den letzteren wird vorausgesetzt, daß theils die Eröffnung der Erbschaft schon bei Lebzeiten des berufenen Erben gewiß und diesem bekannt, theils der berufene Erbe an sich zu der Antretung der Erbschaft gewillt und bereit gewesen und nur durch das rechtliche Hinderniß davon abgehalten worden sein muß. Beides findet hier nicht statt, indem es sich von dem Falle handelt, wenn der Erbe an der Antretung der Erbschaft dadurch verhindert worden, daß die Todeserklärung des Erblassers noch nicht erfolgt ist, wenn also das rechtliche Hinderniß nur in der Ungewißheit bestanden hat, ob die Erbschaft bereits eröffnet und dem Erben deferirt sei, ob insbesondere der Verschollene bereits wirklich todt und ohne Leibeserben verstorben sei. Fälle dieser Kategorie sind unter der speciellen Vorschrift der

L. 7 C. de jure delib. 6, 30.

begriffen, welche die Transmission ausdrücklich ausschließt ...

Wenn dagegen der berufene Erbe nicht die Befugniß zur Antretung der Erbschaft bei seinen Lebzeiten eingebüßt hat, sondern nur verstorben ist, ohne sie anzutreten, so findet nach römischem Rechte eine Restitution zum Besten seiner Erben nur in dem einzigen Falle statt, wenn der Verstorbene den Anfall der Erbschaft wegen einer Abwesenheit in Geschäften des Staatsdienstes nicht erfahren hatte, und deshalb ohne Antritt der Erbschaft verstorben war.

fr. 30 pr. fr. 86 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2.
Cujacius, resp. Papiniani lib. 6 ad leg. cit. (in operib. T. 4. sect. 11. pag. 269 sq.
A. Faber, conjectur. lib. 14 cap. 1.
Merenda, controv. jur. lib. 4. c. 12.
Sande, decis. Fris. lib. 4. tit. 9. def. 1.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle Th. 2. resp. 127. Nr. 23. 24.
Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 2. S. 74—82.

Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung erscheint daher, wenn schon von manchen und selbst angesehenen Rechtslehrern vertheidigt, in aller Weise unthunlich, würde auch obenein hier insofern wenig nützen, als diese Art der Restitution nach

C. 1 de restitut. milit. 2, 51.

an die gewöhnliche Restitutionsfrist gebunden und diese verstrichen ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 7. Sept. 1837, in der Frankfurter Sache Kalfberner c. Rechneiamt; vom 18. Nov. 1823, in der Frankfurter Sache Wateler Erben c. Knatz Ehefrau u. Cons.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 162.

XVIII.

Gewöhnlich wird zu der Klasse der transm. ex cap. in integr. rest. der Fall gerechnet, wenn wegen eines zu erwartenden Postumus die Erwerbung der Erbschaft nicht geschehen kann, ein eingesetzter Erbe aber jedenfalls, wenigstens mit dem postumus erben wird. Der eingesetzte Erbe kann sich alsdann eine provisorische bonor. poss. (decretalis) geben lassen; unterläßt er es, diese nachzusuchen, so können seine Erben eine honor. poss. nachsuchen.

Streitig ist nun, ob diese außerordentliche Rechtshilfe in Form einer integri restitutio ertheilt wird.

Vergl.

Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 43 u. 60.
Steppes, die Transmission der Erbschaft S. 60.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43 S. 166 u. 198.
Sintenis, Civilr. §. 204. Not. 7.

Wenn der Gegner in dem vorstehenden Falle ein Unmündiger ist, so muß der Eintritt der Mündigkeit in der Regel abgewartet werden, bevor der Rechtsstreit verhandelt werden kann.

Man streitet aber, ob nicht der Prätendent eine provisorische oder eventuelle honor. poss. ausbringen, nach Justinianischem Rechte also die Erbschaft dergestalt antreten könne.

Vergl.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 175.

mit

Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 175.
Fabricius, Ursprung u. Entwicklung der bonorum possessio S. 179 u. 186 und
Sintenis, Civilr. §. 204 Not. 8.

XIX.

In dem Fall: wenn eine Erbschaft angetreten ist, ein Anderer aber die Rechtmäßigkeit dieser Antretung bestreitet, kann dieser vor ausgemachter Sache keine rechtlich wirksame Erwerbshandlung vornehmen; stirbt er aber vorher, so transmittirt er sein Recht auf seine Erben.

Vergl.

v. Buchholz, jurist. Abh. S. 48. Not 69.
Fabricius, Kritik. und Entw. der bon. poss. S. 175. Not 253.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S 313 Not 11.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 167.
Sintenis, Civilr. §. 204. Not. 8.

XX.

Ueber im römischen Rechte noch ferner vorkommende Fälle nach L. 6. §. 1 de bonis libert., L. 12 de Carbon. edict. und den Fall des SC. Silanianum

vergl.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 175 und 197.
v. Buchholz, jurist. Abh. S. 37 u. 41. Not. 48 und 49.
Mayer, Erbrecht Bd. 1. S. 314 u. 316. Not. 21
Löhr, Magaz. Bd. 2. S. 448.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 2. S. 70 f.
Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 5. S. 111 f.

Transmissionsfrist, s. beneficium deliberandi c. 2. 3.

Transmissionsrecht des Beneficiaterben, s. beneficium inventarii c. 31.

Trauerjahr, s. Erbunfähigkeit, absolute c. 10.

Trebellianische Quart, s. Quarta Falcidia c. 1 u. 2.

Trunkenheit, deren Einfluß auf Testamente, s. Testamente — deren Ungiltigkeit c. 5.

U.

Ueberredungen zur Errichtung von Testamenten, s. Betrug c. 4.

Ulcio necis, s. Verlust der Erbschaft zur Strafe c. 3.

Unbekanntschaft des Testamentszeugen, s. Privattestamente A. c. 10.

Uneheliche Geschwister, deren Beerbung, s. Intestaterbfolge, dritte Klasse c. 3.

Uneheliche Kinder, deren Erbrecht, s. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 7. 8. 9.

— — deren Notherbenrecht, s. Notherbenrecht B. c. 3.

— — ob sie personae turpes seien? s. Notherbenrecht B. c. 10.

— — ob ihnen pupillariter substituirt werden könne? s. substitutio quasi pupillaris c. 10.

Ungehabt und ungestabt, s. öffentliche Testamente c. 6.

Unitas actus bei Codicillen, s. Codicille c. 9. 10. 11.

— — bei Testamenten, s. Privattestamente B. c. 6. 7.

— — s. auch testamentum pestis tempore conditum c. 1. 5.

Universalfideicommiß.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 2. S. 1054 f.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 120 f.

I.

Nach dem Pandektenrechte war die Befugniß des Erben, bei dem fideicommissum ejus quod superfuerit die Erbschaftssachen zu verringern, dahin eingeschränkt: daß derselbe das Fideicommiß nicht arglistiger Weise vermindern, unterschlagen oder in sein Vermögen verwenden, daß er eine rechtmäßige Ursache zur Verminderung desselben gehabt haben, und endlich dieselbe nach dem Verhältnisse seines eigenen Vermögens vorgenommen werden und geschehen solle.

Milius, de fideicommisso sub clausula: quidquid superfuerit, relicto ad L. 54 D. ad SC. Trebell.
Claproth, von Testamenten §. 133.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 5. Nr. 50.

Justinian hob in Nov. 108. c. 1 und in der Auth. Contra eum Cod. ad SC. Trebell. alle diese Beschränkungen auf, und verordnete, daß der Fiduciar über drei Theile der Erbschaft frei solle disponiren, aber über den vierten Theil nicht anders verfügen solle, als im Falle der Noth und eigenen Unvermögens.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 5. Nr. 50.

Streitig ist nun, in wie weit nach heutigem Rechte der Fiduciar über das fideicommissum quod superfuerit unter Lebenden zu disponiren befugt ist.

Einige meinen, daß der Fiduciar auch die drei Theile, deren eigenthümliche Disposition ihm nach der Nov. 108 überlassen ist, doch nur bona fide, d. h. im Nothfalle angreifen dürfe; mithin sei er nicht befugt, diese drei Theile in sein Vermögen zu verwenden, Schulden damit zu bezahlen, Sachen dafür anzuschaffen, noch überhaupt solche Verminderungen damit vorzunehmen, aus welchen ein Vorsatz oder eine Arglist erscheine, das Fideicommiß gerade bis auf den vierten Theil, den quadrans, zu verringern und mithin bloß die Quart übrig zu lassen.

Milius, de fideicommisso sub clausula: quidquid superfuerit, relicto ad L. 54 D. de SC. Trebell.
Hommel, Rhapsod. obs. 659.
Voet, Comm. ad P. 36. 1. §. 54.
Wernher, T. II. obs. 452

Andere meinen, Justinian habe den Fiduciar zum völligen Eigenthümer der drei Viertheile von allen Fideicommißsachen gemacht, indem er ihm erlaubt habe, gleich einem Eigenthümer über den dodrans der Erbschaftssachen zu verfügen: Aliis omnibus in ejus positis potestate: et licentiam habere eum his sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competat, Nov. 108. c. 1. Wenn er also bei seinem Leben die zu diesen drei Viertheilen gehörigen Erbschaftssachen verschenke, verzehre, seine Schulden damit tilge oder sonst in sein Vermögen verwende, so bedienen

er sich bloß eines Rechts, und finde deshalb dieserhalb keine Klage wider den Erben des Fiduciars statt.

Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. Nr. 14.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. th. 34. Nro. 5.
Böhmer, Rechtsfälle Bd. 2. Abth. 1. Nr. 129.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 87.
Reichardt, de fideicomm. ejus, quod superfuturum sit, ad Nov. 108 § 11 sq.
v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Th. 5. Nr. 50.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 874.

Andere meinen, wenn schon nach Nov. 108. c. 1 der Fiduciarerbe, sofern im Testamente nur von dem, was nach seinem Tode übrig sein werde, die Rede sei, über $^3/_4$ des mit einem Fideicommisse belegten Nachlasses frei disponiren könnte, so leide doch diese Verfügung auf correspective Testamente, vermöge deren nach deutscher Rechtsgewohnheit auch über das mit dem Nachlaß des Erstgeborenen in Eine Masse verschmolzene Vermögen des Letztlebenden, sofern dieser die Erbschaft antrat, mit rechtlichem Erfolge disponirt werden könne, und welche nach Analogie der Erbverträge zu betrachten seien, keine Anwendung, vielmehr berechtige hier die, durch Beschränkung der Substitution auf das Uebriggebliebene, dem Letztlebenden gegönnte mehre Freiheit diesen nur zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarfe, nicht zu einer Hinterziehung der vertragsmäßigen Obliegenheit.

Emminghaus, sächs. Pand. S. 625. Nr. 37.
Holzschuher, Th. 3. S. 247.

Präjudiz 1.

In einer Rechtssache dieser Kategorie hatte das Gericht erster Instanz die Meinung adoptirt, der eingeklagte Anspruch der Fideicommißerben auf die Quart sei durch den Nachweis bedingt, daß die schenkende Fiduciarin und resp. die Schenknehmerin bei dem unter ihnen abgeschlossenen Vertrag die Absicht gehabt hätten, den Fideicommißerben den mit dem Fideicommiß belegten Nachlaß zu entziehen. Dieser Ansicht traten die höheren Instanzen nicht bei. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen in dieser Beziehung:

Nach älterem Recht mußte es sich der Fideicommissar gefallen lassen, wenn von der Erbschaft wenig oder nichts übrig geblieben war, und es stand ihm in dieser Beziehung durchaus kein Rechtsmittel zu Gebote, wodurch er die Veräußerungen und sonstigen Dispositionen des Fiduciars für sich hätte unschädlich machen können. Nur durften die Verfügungen des Erben nicht in rechtsverletzender Absicht — intervertendi fideicommissi gratia — vorgenommen werden. In diesem Falle brauchte der Fideicommissar die ihm nachtheiligen Handlungen des Erben nicht als rechtsverbindlich für sich anzuerkennen. Alsdann war es auch Bedingung für die Geltendmachung des fideicommissarischen Rechts, daß eine solche Absicht auf Seiten des Fiduciars nachgewiesen wurde*).

Anders verhält sich dies jedoch gegenwärtig nach den Bestimmungen der Nov. 108. Danach ist es dem Erben unbedingt zur Pflicht gemacht, dem Fideicommissar mindestens den vierten Theil der Erbschaft zu erhalten, und dieser darf der Regel nach nicht angegriffen werden, sei es nun daß der Fiduciar dabei die Absicht habe, das Recht des Fideicommissars dadurch zu schmälern, oder ganz unwirksam zu machen, oder daß derselbe aus andern Gründen zu dergleichen dem Fideicommißerben nachtheiligen Verfügungen bestimmt werde. Allerdings erwähnt die Novelle der Möglichkeit, daß der Fiduciar durch Schenkungen und vielleicht in der Absicht, das Fideicommiß unwirksam zu machen, versuchen könne, auch den vierten Theil anzugreifen und zu veräußern**); allein damit ist in keiner Weise die Voraussetzung ausgedrückt, unter welcher allein dergleichen Verfügungen des Erben als unstatthaft zu betrachten sein sollen, vielmehr ist damit nur der Fall bezeichnet, in welchem die Absicht des Erblassers sehr leicht vereitelt werden könnte, und eben deshalb wird dann verordnet, daß der vierte Theil des Nachlasses unter allen Umständen dem Fideicommissar ungeschmälert verbleiben müsse, ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich der Fiduciar etwa zu einer solchen Deminution des Fideicommisses bewogen sehen konnte. . . . ***)

Erk. des OAG. zu Jena vom Jahre 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 74.

*) Vgl. fr. 54 ad SC. Trebell. 36, 1.
**) Nov. 108. cap. 1: „si forsan si studio, ... intervertendi fideicommissi causa. ..."
***) Nov. cit. eod.: „et non posse aliquid penitus ex illa (Falcidia) minuere etc."

Präjudiz 2.

Das in Bezug auf die Gegenstände eines Fideicommisses bestehende gesetzliche Veräußerungsverbot ist nach der Natur der Sache auf dasjenige beschränkt, was der Fiduciar dem Fideicommissar auszuantworten hat, und fällt daher insoweit weg, als das Fideicommiß bei dem ersteren verbleibt. Denn hier fehlt es an dem Grunde sowohl als an dem Zwecke des Verbots.

Mühlenbruch, Pand.-R. §. 763 unter Nr. 1.
Schweppe, röm. P.-R. §. 933. Bd. 5. S. 387.

Nun kann bekanntlich bei einem Universalfideicommiß der Fiduciar die sogenannte quarta Trebellianica und außer derselben, wenigstens bei einem bedingten oder betagten Fideicommiß, wenn er ein pflichttheilsberechtigter Descendent des Testators ist, auch noch den Pflichttheil in Abzug bringen und für sich behalten. Mithin ist er auch berechtigt, das Fideicommiß nach Höhe dieser ihm unbedingt gebührenden Abzüge zur Veräußerung zu bringen, und folgeweise können auch seine Gläubiger insoweit die Hülfsvollstreckung mit Erfolg beantragen . . .

In einem gegebenen Falle hatten die Gläubiger des Fiduciars (eines Adoptivsohnes des Erblassers) eine zu dem Nachlasse, welcher mit einem bedingten Universalfideicommisse belegt war, gehörige bedeutende Besitzung als Executionsgegenstand in Vorschlag gebracht. Dieser Antrag wurde in Gemäßheit obiger Rechtsansicht nach Höhe von $^8/_{12}$ des fraglichen Grundstücks für zulässig erachtet.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 18. Septbr. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 354.

Vergl. außerdem Pflichttheil A. Contr. 16. Präj. 1.

II.

Ueber die Auflage, eine fremde Erbschaft zu restituiren,

vergl.

Heise, de aliena hereditate restituenda (1816).
Hasse im rhein. Museum Bd. 3. S. 500 f.

Präjudiz 1.

Die Wittwe H. hatte letztwillig verfügt: daß Alles, was ihr aus dem Nachlasse des A. H. als Miterbin zufließen würde, dem anderen Miterben P. anfallen, und keiner ihrer (der Wittwe H.) Erben an jenem Nachlasse Antheil nehmen solle. Die Erben der Wittwe H. machten nach dem (späteren) Tode des A. H., als durch dessen Testament berufen, Anspruch auf einen Theil seines Nachlasses. Wegen des zweiten Theils jener Verfügung der Wittwe H. wurde dieser (gegen P. eingeklagte) Anspruch zurückgewiesen. Gründe:

Es ist allgemeiner Grundsatz, daß der Testirer seinen Erben jede beliebige Auflage, die nichts Unerlaubtes enthält, machen kann.

fr. 8. §. 6 de conditionib. institutionum etc. 28, 7.
Nov. 1. cap. 1 pr.

Nach diesem Grundsatze leidet es keinen Anstand, daß der testator auch de re heredis disponiren, und ihn selbst in Ansehung solcher Sachen oneriren und verpflichten kann, die derselbe erst künftig erwerben werde. Daher kann dem Erben unbedenklich im Testamente auch auferlegt werden, die Erbschaft eines Andern, die ihm künftig zufallen möchte, einem Dritten

herauszugeben; der Erbe, dem die Auflage gemacht ist, muß eintretenden Falls die ihm deferirte Erbschaft antreten, um sie der bestimmten Person zu restituiren.

fr. 17. §. 1. fr. 27. §. 9. 10 ad SC. Treb. 36, 1.
Cujacius ad frag. Juliani lib. 40. ad L. 27 cit.
Henr. Aug. Heise, diss. de aliena hereditate restituenda (Gött. 1816) § 15 sq. jct. § 44.

Mit demselben Grunde läßt sich aber annehmen, daß dem Erben auch auferlegt werden kann, eine ihm künftig anfallende Erbschaft auszuschlagen.

Daß bei den Römern über eine hereditas viventis überall nicht paciscirt werden konnte,

C. ult. de pactis 2. 3.

kann hiergegen kein Bedenken erregen. Denn abgesehen davon, ob bei uns der ganze Grundsatz überhaupt noch als geltend betrachtet wird, so enthält er auch selbst nach römischem Rechte eben nur ein Verbot von Verträgen über die Erbschaft lebender Personen und ist auf testamentarische Dispositionen der vorliegenden Art schwerlich auszudehnen.

Man mag daher die fragliche Bestimmung in dem Testamente der Wittwe H. als eine Auflage, die A. H.'sche Erbschaft auszuschlagen, oder sie an den Beklagten zu restituiren, betrachten, immer entspringt aus derselben und aus der nach jenem Testamente von Seiten der Kläger erfolgten Antretung der Erbschaft der Wittwe H. für die Kläger die Verpflichtung, den ihnen nach dem A. H.'schen Testamente zufallenden Erbantheil dem Beklagten zu überlassen.

Vgl. fr. 55. §. 2 ad SC. Trebell.
fr. 92 de cond. et demonstr. 35, 1.
fr. 17. §. 2. fr. 44 de manum. testamento 40, 4.
C. 7 de liberali causa 7. 16. *)

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 28. Febr. 1826.

*) Den Klägern wurden übrigens ihre Rechte für den Fall vorbehalten, daß die Herausgabe der A. H.'schen Erbschaft ¾ der eigenen Erbschaft der Wittwe H. übersteigen würde.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 74.

III.

Ueber die Frage, ob die ausdrückliche Einräumung freier Dispositionsbefugniß Seitens des Erblassers die Rechte und Pflichten des Fideicommißerben und des Fiduciars verändern könne, sprechen sich nachstehende Präjudizien aus.

Präjudiz 1.

In einem Fideicommißfalle der bezeichneten Kategorie hatte die (nun verstorbene) Fiduciarin den ganzen Nachlaß (des Fideicommittenten) dritten Personen zugewandt. Gegen die Klage der Fideicommissare auf die Quart wurde unter Anderem eingewendet: der Erblasser habe der Fiduciarin freie Dispositionsbefugniß über seinen Nachlaß eingeräumt. In Beurtheilung dieses Einwandes sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Es konnte nicht angenommen werden, daß durch die ausdrückliche Einräumung freier Dispositionsbefugniß die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Fiduciarin und der Fideicommißerben verändert und insbesondere der ersteren eine weitergehende Befugniß zugestanden worden sei, als derselben außerdem nach der rechtlichen Natur des fideic. ejus quod superf. hätte eingeräumt werden können. In der Hinterlassung dessen, was bei dem Tode des Fiduciars noch übrig sein werde, ist für den Letzteren die Berechtigung, über den Nachlaß frei verfügen zu können, schon von selbst enthalten; ja das Eigenthümliche einer solchen Willensdisposition besteht eben gerade darin, daß der Belästigte in seiner Verfügung über die Nachlaßgegenstände im Allgemeinen nicht beschränkt ist und nur die Verbindlichkeit auf sich hat, den vierten Theil des Nachlasses dem Fideicommißerben zu erhalten *). Ist nun diese Befugniß der Räthin K. (Fiduciarin) in dem Testamente ihres Ehemannes (des Fideicommittenten) noch ausdrücklich eingeräumt worden, so kann dies in deren Rechten und Verbindlichkeiten keinen Unterschied begründen, da ihr hierdurch nur dasjenige zugestanden worden ist, wozu sie in Folge gesetzlicher Bestimmungen von selbst schon für berechtigt angesehen werden muß. Nirgends war aber in dem K.'schen Testamente angedeutet, daß der Räthin K. in dieser Hinsicht noch weiter gehende Befugnisse eingeräumt sein sollten, im Gegentheil ist aus der Bestimmung des Erblassers, daß seine Ehefrau wegen Restitution des Fideicommisses zwar keinerlei Caution zu leisten, aber doch ein Nachlaßverzeichniß bei Gericht zu überreichen und die Versicherung seiner Vollständigkeit abzugeben verbunden sein solle, zu entnehmen, daß der Rath K. bei der obigen Disposition von der Voraussetzung ausging, mindestens ein Theil seiner Verlassenschaft werde dereinst an die von ihm ernannten Fideicommißerben gelangen. . . .

*) Nov. 108. cap. 1: „Si quis enim haec, aut etiam aliquid aliud tale dixerit etc." — sodann: „aliis omnibus in ejus positis potestate etc."

Erk. des OAG. zu Jena vom Jahre 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 73.

Präjudiz 2.

Das OAG. zu Lübeck, in Hamburger Rechtssachen, erkannte in S. Timm und Lucke c. Schmidt unterm 30. Nov. 1846:

. . . Was aber den zweiten Einwand betrifft, so ist die Verfügung des Testirers eine an sich durchaus gültige, da er seiner Ehefrau ihre Statutarportion nicht entzogen, vielmehr ihr das ganze Sammtgut zur freiesten Verfügung während ihrer Lebzeit zugewendet, und nur ihre Statutarportion gleich wie das übrige Vermögen mit einem Fideicommiß und zwar nur ejus quod superfuerit belegt hat, nun aber es an sich völlig statthaft ist, auch die künftige Erbschaft des Erben mit einem Fideicommisse zu beschweren.

L. 114 D. de legat. I.
L. 77. §. 25. L. 88 §. 16 D. de legat. II.
L. 15. §. 3 D. ad leg. Falcid.
Heise, diss. de aliena hereditate restituenda §. 5—9.

Freilich entsteht gegen die Wirksamkeit dieser fideicommissarischen Disposition allerdings ein Bedenken aus dem bekannten Grundsatze, daß Niemand mehr onerirt werden kann, als er honorirt ist, widrigenfalls das Mehre für inutiliter relictum gilt,

L. 114. §. 3. L. 122. §. 2 D. de legat. I.
L. 70. §. 1 D. de legat. II.
§. 1 Inst. de singulis rebus per fideicomm. relict.

und dieses Bedenken läßt sich

1) nicht dadurch beseitigen, daß, indem die Wittwe Lembke sich nicht nur bei dem seiner Zeit gehörig publicirten Testamente ihres verstorbenen Ehemanns beruhigt, sondern auch die ihr darin gewährten Vortheile genossen und ohne Vorbehalt sich auf dasselbe im §. 3 ihres eigenen Testaments bezogen habe, jene an sich unwirksame Disposition als wirksam von ihr anerkannt worden sei. Denn es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß auch derjenige, welcher eine Erbschaft ex testamento ohne Protestation angetreten hat, sich demungeachtet auf jene Rechtsregel berufen, sowie auch die quarta Falcidia abziehen kann; vielmehr hätte es, um sie auszuschließen, eines ganz ausdrücklichen Verzichtes auf ihre Anwendung bedurft.

L. 46 D. ad leg. Falcid.
L. 20 §. 1 D. de donat.
L. ult. C. ad leg. Falcid.

Ebensowenig läßt sich dagegen geltend machen,

2) daß, wie es scheint, die Wittwe Lembke über den Nachlaß ihres Ehemannes kein Inventar errichtet hat. Denn obwohl eine solche Versäumung an sich die Folge hat, daß der Erbe die ihm auferlegten Legate und Fideicommisse selbst über den Belauf der Erbschaft hinaus entrichten muß,

Nov. 1. cap. 2. § 2.
Pufendorf, obs. T. II. obs. 100.
Finistres, praelect. de adeunda hered. P. 2. cap. 9. §. 19 u. 20.

so fällt dieses doch in dem Falle weg, wenn, wie im §. 3 des P. H. Lembke'schen Testaments geschehen ist, der Testirer den eingesetzten Erben die Errichtung eines Inventars erlassen hat.

Fachinaei controv. jur. l. 6. cap. 25.
Leyser, sp. 364. med. 1 u. 2.

Finistres, l. c. §. 21.

Allein es fragt sich,

3) ob im vorliegenden Falle die Wittwe Lembke mehr onerirt als honorirt ist, und dies durfte man wohl unbedenklich verneinen.

Es war nämlich das ihr auferlegte Fideicommiß nach dem Obigen lediglich ein fideicommissum ejus quod supeerit. Bei diesem ist nun aber der Fiduciar bekanntlich befugt, unter Lebenden über drei Viertheile der zu restituirenden Erbschaft frei und ungehindert zu verfügen

Nov 108. c 1 u. 2.

Mithin beschränkte sich die Onerirung der Wittwe Lembke eigentlich auf ein Viertheil der Erbschaft. Erwägt man nun, daß sie auf der anderen Seite nicht nur mit der zehnjährigen Nutznießung der ihrem Ehemanne zugestandenen Hälfte des Sammtguts, sondern auch mit dem freien Dispositionsrecht inter vivos über drei Viertheile dieser Hälfte von ihrem Ehemanne honorirt worden ist, so läßt sich nicht bezweifeln, daß ihr aus dessen Testamente mehr zu Gute gekommen, als sie durch dasselbe belastet worden ist ꝛc.

Präjudiz 3.

Die im römischen Rechte enthaltenen Vorschriften über das fideicommissum ejus quod superfuturum können auf solche Fälle, in welchen einem Fiduciar nicht allein die Disposition unter Lebenden, sondern selbst freie letztwillige Verfügung beigelegt und solchergestalt das Recht des Fideicommissars noch in einem andern, als dem bei jenem Rechtsinstitut vor Augen gehabten Sinne zu einem bedingten gemacht ist, keine Anwendung leiden; vielmehr hindert jede Disposition des zu derselben in solcher Unbeschränktheit ausdrücklich ermächtigten Fiduciars, sei diese nun unter Lebenden oder auf den Todesfall getroffen, bezüglich des betreffenden Vermögenstheils den Eintritt der Bedingung, von welcher das Recht des Fideicommissars abhängig gemacht war.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 14 Juni 1856.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 260.

IV.

Streitig ist, wem die Entrichtung der Singularvermächtnisse obliegt, wenn der Erblasser die Restitution der ganzen Erbschaft befohlen, daneben Singularfideicommisse auferlegt und nicht bestimmt hat, wer sie entrichten soll.

Einige meinen, der Erbe restituire $^3/_4$ der Erbschaft an den Fideicommissar, und die Legatare müßten sich zu $^3/_4$ an diesen halten, während $^1/_4$ der Fideicommißerbe behalte, und dieses für die Legatare verloren gehe. Z. B. der Nachlaß beträgt 21,000; dem Erben ist aufgetragen, $^7/_8$ an S. zu restituiren, und als Legate sind ausgesetzt: 1000 an A., 2000 an B., 3000 an C. und 4000 an D., also im Ganzen 10,000. In diesem Falle dürfe der Erbe sich bei Restitution des Universalfideicommisses die Quart abziehen, gebe also an den Fideicommissar statt $^7/_8$ nur $^3/_4$ = 18,000 heraus, die Legatare forderten dann $^3/_4$ ihrer Legate von dem Fideicommissar, so daß A. 750, B. 1500, C. 2250, D. 3000 erhielten; das $^1/_4$ aber, was auf den Erben käme, müßten sie einbüßen, weil diesem die Quart nicht verkürzt werden dürfe.

v. Vangerow, Pand. §. 559.
Roßhirt, Lehrb. §. 690.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 541.
Valett, Lehrb. §. 1200.
Stemann in Elvers' neuer Themis Bd. 1. S. 278.

Andere meinen, der Fiduciar müsse **selbst auch von seiner Quart** verhältnißmäßig zu den Legaten beitragen, so daß in jenem Beispiele die Legatare 7500 von dem Fideicommissar, und 2500 von dem Fiduciar erhielten. Hiernach bekomme der Erbe 3500, die Legatare 10,000, der Fideicommissar 10,500.

Donellus ad L. 2 C. ad SC. Trebell.
Donellus, Comm. jur. civ. lib. 7. c. 28.
Hilliger, Donell. enucl. l. c. not. p.
Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1. S. 179.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 763. Not. 15.

Andere meinen, daß der Erbe allerdings seine Quart frei behalten müsse, die Legatare aber ihre volle Befriedigung von dem Fideicommissar verlangen könnten, so daß in jenem Beispiele der Erbe erhalte 6000, die Legatare 10,000, der Fideicommissar 8000.

Faber, err. Pragm. 11. err. 10.
Böhmer, de legatis ex fideicommisso praestandis, in elect. T. 1. exerc. 7 und die in §. 4 Alleg.

Andere meinen, der Erbe müsse pro rata die Legate mit übernehmen; da ihm aber jedenfalls ein Anspruch auf die Quart zustehe, so ziehe er diese den Legataren und dem Universalfideicommissar gleichmäßig ab. Für die andere entsprechende Rate der Vermächtnisse hafte der Fideicommissar, der dann aber ebenfalls den Vermächtnißnehmern, soweit ihm etwas abgezogen sei, wiederum einen Abzug machen könne. Nach jenem Beispiele würde dann der eingesetzte Erbe zahlen an den Sempronius $^7/_8$ der Erbschaft = 21,000, und an die Legatare $^1/_8$ der angeordneten Vermächtnisse = 1250, also überhaupt 22,250, so daß ihm bloß 1750 blieben, während er doch einen Anspruch auf 6000 habe. Die 4250, um welche er überlastet ist, ziehe er demnach verhältnißmäßig den Legataren und dem Universalfideicommissar ab, wonach die Ersteren sich einen Abzug von 238 $^{68}/_{89}$, der Letztere aber von 4011 $^{21}/_{89}$ gefallen lassen müssen, und da dann der Erbe an die Legatare statt 1250 nur 1011 $^{21}/_{89}$ zahle, so habe er nun seine ihm gebührenden 6000 zusammen. Was nun aber weiter das Verhältniß der Legatare zu dem Universalfideicommissar anlange, so hafte dieser den Ersteren an und für sich zu $^7/_8$, also für einen Betrag von 8750; da ihm aber selbst ein Abzug gemacht sei, so dürfe er den Legataren verhältnißmäßig wiederum abziehen, und danach gebe er diesen statt 8750 nur 7078 $^{58}/_{89}$, wovon an den A. 707 $^{77}/_{89}$, an B. 1415 $^{65}/_{89}$, an C. 2113 $^{53}/_{89}$ und an D. 2831 $^{41}/_{89}$ fielen. Hiernach würden die 24,000 überhaupt so vertheilt: der Erbe bekomme 6000, die Legatare 8089 $^{79}/_{89}$ und der Fideicommissar behalte 9910 $^{10}/_{89}$: Summa = 24000.

Meier in Schweppe's röm. P.-R. §. 940.

Hiergegen vergl.

v. Vangerow, Pand. §. 559.

Andere meinen, in dem angegebenen Beispiele würden die 3000, die der Fiduciar noch haben müsse, sowohl den Legataren als dem Fideicommissar abgezogen, d. h. der Fiduciar behalte seine 3000, und nehme den Legataren 1250 und von dem Fideicommissar 1750, so daß das Resultat entstände: der Erbe erhalte 6000, die Legatare 8750, der Fideicommissar 9250: Summa 24000.

Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. 4. S. 124.

Hiergegen siehe

v. Vangerow, Pand. §. 559.

V.

Was die von der Erbschaft genossenen Früchte betrifft, so muß der Fiduciar bei dem Abzuge der quarta Trebellianica die nach der Antretung genossenen Früchte sich anrechnen lassen*). Jedoch besteht nach L. 6 C. ad SC. Trebell. die Ausuahme, daß den Kindern die Früchte nicht angerechnet werden sollen.

Streitig ist, ob diese Ausnahme auch den Enkeln zu Statten komme.

Einige bejahen dies, weil unter filii et filiae auch die nepotes einbegriffen seien. Vergl. L. 84. L. 201. L. 220 D. de verb. sign.

Stryk, usus mod. 36. 3. §. 2.
Vinnius, sel. quaest. lib. 2. c. 29.

Andere meinen, als correctorisches Gesetz sei die L. 6 cit. nicht auf die Eukel auszudehnen.

Harprecht, diss. de jure deduc. duas part. Nru. 1035.
Wernher, P. 4. obs. 7. Nro. 51.
Höpfner, Institut. §. 614.

Präjudiz 1.

Wenn der Testirer einen Descendenten mit einem Fideicommisse onerirt hat, so findet die Vorschrift, nach welcher die vom Tode des Erblassers bis zur Entrichtung des Fideicommisses davon gezogenen Früchte und Zinsen in die Trebellianische Quart einzurechnen sind, keine Anwendung.

C. 6 ad SC. Trebell. 6, 49.

Dabei macht es nach der richtigen Meinung keinen Unterschied, ob die mit dem Fideicommisse Honorirten Descendenten oder Geschwister des Fiduciars, oder entferntere Verwandte oder ganz fremde Personen sind.

Erk. des OAG. zu Dresden.
Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 207.

---

*) Die Erbmasse ist z. B. . . . 12000 Thlr.
die quarta Trebell. . . . . . . 3000 „
die genossenen Feüchte betragen . . 6000 „
also drei Quart derselben . . . . 4500 „

Da diese $^3/_4$ mehr als die Trebellianica betragen, so kann der Fiduciar nichts abziehen, sondern muß die ganzen 12000 Thlr. restituiren.

Dagegen betrage die Erbmasse . . 12000 Thlr.
die quarta Treebell. . . . . 3000 „
die genossenen Früchte . . . . 2000 „
also $^3/_4$ davon . . . . 1500 „

Jetzt kann der Fiduciar noch 1500 Thlr. von der Masse abziehen, um die quarta Trebell. mit 3000 Thlr. frei zu behalten.

Höpfner, Institut. §. 614.

VI.

Ueber die Theilungs- und Auseinandersetzungsprincipien zwischen dem Fideicommißerben und dem Erben des Fiduciars siehe

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Th. 5. Nr. 50.

Präjudiz 1.

Das OAG. Celle stellte in Sachen der Heldberg'schen Erben c. die Wittwe Niemann wegen Erbschaft unterm 18. Jan. 1805 folgende Grundsätze auf:

1) Der Belang des Fideicommisses, sowohl überhaupt, als wenn bloß die Rede von der Herausgabe des vierten Theils desselben ist, muß nach dem Bestande der Gütermasse bestimmt werden, wie solche zur Zeit des Absterbens des Fideicommittenten oder des erlangten Besitzes der Fideicommißerbschaft beschaffen war. Davon sind sodann

2) die bei dem Tode des Fideicommittenten vorhanden gewesenen eigenen Schulden und alle auf den Fideicommißnachlaß verwendete Kosten und Ausgaben abzusetzen, und was alsdann übrig bleibt, ist als reine Fideicommißmasse aufzunehmen.

3) Zu den eigenen, von dem Fiduciar in der Zwischenzeit und während des Fideicommißbesitzes contrahirten Schulden concurrirt der Fideicommißerbe nicht.

4) Was der Fiduciar selbst bei seinem Leben verzehrt, verschenkt, verbraucht und in sein eigenes Vermögen verwandelt hat, behält sein Erbe zurück, und restituirt deshalb nichts, wenn es den dritten Theil des Fideicommißnachlasses nicht übersteigt; ist aber

5) die Quart aus anderen, als gesetzmäßigen Ursachen angegriffen, so muß der Erbe des Fiduciars diesen vierten Theil aus dessen Vermögen completiren oder völlig ersetzen. Ist endlich

6) das ganze Fideicommiß, oder mehr als der vierte Theil desselben, annoch vorhanden, so kann der Fideicommißerbe Alles, was übrig geblieben ist, ausschließlich fordern, und auf dessen Verabfolgung dringen.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Th. 5 Nr. 50.

Präjudiz 2.

Beide vorige Instanzen stimmen darin mit einander überein und es wird auch von den Parteien selbst nicht bestritten, daß die Entscheidung über den streitigen Passivlegitimationspunkt lediglich von der Vorfrage abhängt, ob angenommen werden könne, daß die verklagten Intestaterben der verstorbenen Fr., welche Fiduciarerbin deren Ehemannes Joh. Andreas Fr. geworden, den von diesem ernannten Universalfideicommißerben dessen Nachlaß bereits restituirt haben oder nicht? Dieser Gesichtspunkt ist auch ganz richtig, da nach der im neueren römischen Rechte stattgefundenen Verschmelzung des Scti Trebelliani mit dem Scto Pegasiano die Obligationen des Erblassers nach der vom Fiduciarerben bewirkten Restitution allerdings ohne Ausnahme im Verhältnisse dessen, was restituirt worden, auf den Fideicommißerben übergehen und insoweit der Fiduciar nicht weiter als Erbe gilt,

§ 4. 7 Inst. de fideicomm. hered. 2, 23.
L. 1 §. 1. 2 D. L. 63. pr. §. 2 ad SC. Trebell. 36, 1.
L. 8 C. eod. 6, 49.
Puchta, Pand. §. 557.

daher denn auch, wenn die Restitution der ganzen Erbschaft dem Fiduciar auferlegt und von diesem in der Maße bewirkt worden, daß bei ihm nichts zurückgeblieben, weshalb er als cohaeres angesehen werden könnte, die Erbschaftsgläubiger ihre Befriedigung nicht bei ihm zu suchen berechtigt, sondern sich lediglich an die Fideicommißerben zu halten haben würden.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 7. April 1857, in S. Pönickin gegen Arnold u. Cons.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 16. Hft. 6. Nr. 275. S. 513.

VII.

Soviel das Accrescenzrecht betrifft, so kann ohne Zweifel die vacante Portion nur dem Fideicommissar und nicht dem Fiduciar accresciren, wenn dieser sich zur Erbschaftsantretung hat zwingen lassen, L. 43 D. 36, 1, und ebensowenig kann beim fideicommissum tacitum im römischen Sinne nach L. 83 D. 29, 2 dem Fiduciar etwas anwachsen, quia rem non videtur habere.

Außer diesen Fällen aber ist streitig, ob, wenn ein Fideicommiß angeordnet ist, und ein Miterbe des Fiduciars wegfällt, dann die anwachsende Portion dem Fiduciar oder dem Fideicommissar zu Gute komme.

Einige erkennen dem Fiduciar die portio accrescens zu.

Baumeister, das Anwachsungsrecht S. 121.
Cujacius, obs. I. 12. c. 1 u. 2.
A. Faber, err. Pragm. dec. 37. Nro. 5.
Vinnius, quaest. sel. lib. 1. c. 55.
Rossberger, de jure accresc. p. 213.
Glück, Pand. Bd. 16. S. 359.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 763. Not. 22.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 541.

Andere unterscheiden, ob der Erblasser dem Erben nur seinen Erbtheil oder alles aus der Erbschaft Empfangene zu restituiren auferlegt habe, indem im ersten Falle anzunehmen sei, daß der Testator an den Eintritt des Accrescenzrechts nicht gedacht habe.

Schweppe, röm. P.-R. §. 934.
Puchta, Lehrb. §. 547.

Andere meinen, das Accrescenzrecht, insofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers auszumitteln sei, komme dem Fideicommissar zu.

v. Vangerow, Pand. §. 494.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 6. S. 335.
Thibaut, System §. 995.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 172.
Voet, Comm. ad P. 36. 1. §. 38.

Siehe übrigens Anwachsungsrecht c. 6.

VIII.

Streitig ist, ob die fideicommissarische Caution, wenn der Testator sie erlassen hat, dennoch gefordert werden könne, sobald der Fiduciar verschwendet und dadurch Verlustsgefahr droht.

Einige verneinen dies wegen L. 18 pr. ut legat. seu fideic. serv. c. cav. 36, 3.

Hommel, Rhaps. obs. 204.

Andere meinen, der Beisatz in der L. 18 cit. — secundum ea, quae proponerentur — (wo ein respectus parentelae auf Seiten des die Caution begehrenden Schwiegersohnes des Fiduciars in Betracht gekommen, welcher übrigens nur mit seinem Eigenthum, nicht aber mit dem fideicommittirten Gute verschwenderisch umgegangen) berechtige, die Caution zu fordern, zumal nach L. 4 D. 36, 4 da, wo durch Vertrag dem Cautionsanspruche entsagt worden, doch die Billigkeit bei außerordentlichen Umständen vorgelten solle, um nicht dem Untergange Preis zu geben, was nur fideicommittirt sei. Wenn deshalb eine gegründete Besorgniß wegen Dissipation des Fideicommisses eintrete, so könne, obgleich der Testator die Caution erlassen habe, dieselbe dennoch gefordert werden, gleichwie die selbst gesetzlich von einer Cautionsverbindlichkeit gegen ihre Kinder befreiten Eltern doch unter besorgnißerregenden Umständen dazu gehalten seien.

Schmidt, hinterlass. Abhandl. Th. 1. S. 185.
Leyser, sp. 407. med. 4.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 879.

Präjudiz 1.

Die Caution, welche der Erbe dem Fideicommissar wegen Conservation der künftig demselben zu restituirenden Erbschaft zu leisten hat,

fr. 1 pr. §. 1. fr. 14. 15 ut legator. causa 36, 3.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1600.

ist insbesondere auch in dem Falle zu bestellen, wenn der Fideicommissar nur das, was der Erbe von der Erbschaft übrig lassen werde, nach dessen Tode empfangen soll, wofern der Testator ihm nicht ausdrücklich diese Caution erlassen hat.

Nov. 108 praef. §. 1. cap. 2 i. f.

Der Erbe cavirt in diesem Falle jedoch nur wegen des vierten Theils der Erbschaft; und da ihm nach diesem Gesetze das Recht zusteht, auch diesen vierten Theil zu seinen nothdürftigen Ausgaben, wenn er außerdem kein Mittel besitzt, zu verwenden, so muß alsdann, wenn dieser Fall eingetreten ist, auch die Cautionsleistung für diesen aufgezehrten Rest wieder hinwegfallen und die deßhalb eingegangene Verpflichtung erlöschen.

Da aber ohne eine glaubhafte Aufnahme des Bestandes des fideicommissarischen Nachlasses der Fideicommissar durch die Sicherheitsleistung allein nicht gegen Beeinträchtigung desselben geschützt ist, und da insbesondere ohne eine vorgängige, genaue und zuverlässige Angabe des Betrages des Nachlasses der vierte Theil desselben nicht ausgemittelt werden kann, so ist die Verfertigung eines Inventars oder einer mittelst Eides zu bestärkenden Specification des fideicommissarischen Nachlasses eine nothwendige Folge der Verbindlichkeit zur Cautionsleistung, und eben deßhalb nicht weniger Obliegenheit des Fiduciars als letztere selbst. Denn was nothwendig mit der Handlung verknüpft ist, die das Gesetz gebietet, das ist auch in dem Gesetze enthalten;

vgl. fr. 2 de jurisdictione 2, 1.

und wenngleich das römische Recht diese Obliegenheit des Fiduciars nicht namentlich ausspricht, so wird sie doch theils dadurch, daß es den Fideicommissar oder Legatar ermächtiget, dem Erben darüber, daß die Erbschaft nicht mehr, als er im Inventar angegeben habe, betrage, den Eid anzutragen, oder ihm den Manifestationseid abzufordern, ohne daß er besondere Verdachtsgründe anzugeben und zu bescheinigen nöthig hat,

Const. fin. §. 10 de jure deliberandi etc. 6, 30.
Malblanc, doctrina de jurejurando §. 48.

theils durch die Analogie von

fr. 1. §. 4 usufr. quemadmodum 7, 9.

worin dem Erben und dem Legatar, dem der Nießbrauch der Erbschaftssachen vermacht worden, angerathen wird, darüber ein glaubwürdiges Verzeichniß vor dem Antritte des Nießbrauches aufzunehmen, hinlänglich bestätigt.

Voet, Commentar. ad Dig. lib. 7. tit. 9. §. 2.

In dem hier vorliegenden Falle hatte zwar der Testirer im Testamente die Versiegelung und Inventur seines Nachlasses für unnöthig erklärt und dagegen protestirt. Allein hierunter war offenbar bloß die gerichtliche Inventur zu verstehen, wie sich aus der Verbindung derselben mit der Versiegelung und aus der Protestation ergibt, da es der letzteren nicht bedurft haben würde, wenn er eine Privat-Inventur gemeint hätte. Ebensowenig kann aus dem bloßen Stillschweigen des Testirers über die Privat-Inventarisirung ein Verbot derselben gefolgert werden, indem vielmehr anzunehmen ist, daß sein Wille mit der Vorschrift der Gesetze übereinstimmend gewesen sei.

Erk. des OAG. zu Jena vom 28. Dec. 1820, in S. Rembe u. Cons. c. Herstell.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 208.

Präjudiz 2.

Durch den Inhalt der

C. 3. §. 2. 3 communia de legatis 6, 43.

wurde die Frage hervorgerufen: ob der Fideicommissar noch vor Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung, unter welcher ihm das Vermächtniß hinterlassen worden ist, bei einer vom Fiduciar beabsichtigten Veräußerung sein eventuelles Recht geltend machen könne, oder ob er nicht vielmehr damit so lange anstehen müsse, bis sein Recht ein unbedingtes oder unbetagtes geworden ist? . . . Der Fideicommissar ist vermöge des ihm durch das Fideicommiß gewährten eventuellen Rechts jedenfalls befugt, schon jetzt der Vornahme einer Handlung zu widersprechen, durch welche ihm die dereinstige Geltendmachung seines Rechtes, falls die Bedingung oder Zeitbestimmung, von welcher dasselbe abhängig ist, eingetreten sein wird, außerordentlich erschwert und vielleicht unmöglich gemacht würde. Diese Befugniß des Widerspruchs oder der Protestation gegen die beabsichtigte Disposition über die Substanz einer unter dem

Fideicommiß begriffenen Sache gründet sich darauf, daß das dereinstige Recht des Fideicommissars auf dieselbe ein dingliches, mittelst einer actio in rem verfolgbares Recht ist.

C. 1 eod.

Marezoll in der Gießer Zeitschrift Bd. 9. S. 280 f. 290 f.

v. Vangerow, Leitfaden Bd. 2. §. 531. S. 467 f.

Der gegenwärtigen Ausübung jener Befugniß steht der Umstand, daß das Recht der Fideicommissarien noch an eine Bedingung und Zeitbestimmung gebunden ist, um so weniger entgegen, als nach obiger Gesetzesvorschrift

C. 3. §. 2. 3 cit.

jede während der Zeit, in welcher die conditio oder der dies noch nicht eingetreten, geschehene Veräußerung oder Verpfändung nach dem Eintritt dieser Nebenbestimmungen mit rückwirkender Kraft, also in dem Maße ungiltig wird, daß es so anzusehen ist, als wäre die fragliche Disposition über die Sache niemals erfolgt. Was aber die Wirkung einer solchen Protestation anlangt, so wird durch solche auch die Hilfsvollstreckung in die Sache, auf welche sie sich bezieht, gehindert, da sie sich auf ein dem Fiduciar von dem Gesetz selbst gegebenes Veräußerungsverbot stützt, nun aber die Bestandtheile des Vermögens nur, soweit es zu seiner freien Verfügung steht, als Gegenstände der Hilfsvollstreckung zu betrachten sind.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 18. Sept. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 3. Nr. 352.

IX.

Söhne und Töchter, welche von den Eltern wechselseitig auf den Fall kinderlosen Absterbens mit der Restitution an ihre Geschwister belegt sind, sind nach L. 6 C. ad SC. Trebell. 6, 49 von der Cautionsleistung befreit.

Streitig ist aber, ob diese Befreiung auch von Enkeln zu verstehen sei.

Einige bejahen die Frage, denn unter filii et filiae, von welchen die L. 6 cit. spreche, seien die nepotes mitbegriffen, L. 84. L. 201. L. 220 D. de verb. sign. 50, 16. L. 59 D. 23, 2. L. 41. §. 5 D. de leg. III.

Stryk, usus mod. 36. 3. §. 2.
Vinnius, sel. quaest. lib. 2. c. 29.

Andere meinen, die obige Regel gelte nur von dem Worte liberi, von dem Worte filii aber nur uneigentlich, und nur in besonderen Fällen; in der Regel habe Letzteres eine beschränktere Bedeutung, vergl. L. 6 D. 26, 2. L. 220 pr. D. de verb. sign. 50, 16. §. ult. Inst. 1, 14. Die Schlußworte der L. 6 cit. aber — ea, quae de ea satisdatione diximus, non ulterius, quam in his personis et casibus oportere produci, — verböten eine Ausdehnung.

Böhmer, de liberis fideic. onerat. §. 21.
Knipschild, de fideic. fam. c. 12. Nro. 41.
Kapf. merkw. Civilrechtsspr. Bd. 1. S. 83.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 880.

X.

Ueber die Frage, ob die provisorische Absonderung eines Fideicommisses von dem Allodialnachlasse des verstorbenen Fiduciars und die Auslieferung desselben an den Fideicommissar, gegen geeignete Caution gefordert werden könne, s. Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 189, Rescr. des OAG. zu Kiel vom 24. April 1850.

XI.

Ueber die Frage, wie es gehalten werde, wenn das Klagerecht des Fideicommissars gegen den Fiduciar auf Restitution der Erbschaft durch Verjährung erloschen ist, spricht sich folgendes Präjudiz aus.

Präjudiz 1.

Wo das Klagerecht des Fideicommissarerben gegen den Fiduciar auf Restitution der Erbschaft in Folge der Verjährung*) erloschen ist, kann man nicht sagen, daß die Erbschaft beziehungsweise eine Erbportion im rechtlichen Sinne vacant geworden, indem jenes Erlöschen nur das Wegfallen der Restitutionsverbindlichkeit zur Folge hat, und demnach der eingesetzte directe Erbe die Erbschaftsgegenstände nach wie vor behält.

Erk. des OAG. zu Rostock vom 13. Sept. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 337.

*) Im gegebenen Falle handelte es sich von einer statutarischen Anno-Präscription.

XII.

Wenn der Fiduciar seinen ganzen Erbtheil mit Zurückhaltung einer oder mehrer Sachen restituiren soll, so streitet man, ob er in Beziehung auf diese Objecte als Prälegatar angesehen werden kann.

Einige bejahen dies, weil der Fiduciar nach erfolgter Restitution seines ganzen Erbtheils dem praktischen Effect nach aufhöre Erbe zu sein, obgleich er den Namen Erbe beibehalte.

Harprecht, Comm. ad tit. Inst. de fideicomm. §. 9 Nro. 1.
Donellus, Comm. absol. Cod. ad C. 24 C. famil. herc.

Andere verneinen die Frage, weil nach dem letzten Willen des Erblassers nicht derjenige, welchen der Erblasser zu seinem bleibenden Erben bestimmt habe, ein Vermächtniß erhalte, sondern nur ein solcher, der die Lasten der Erbschaft Anfangs trägt, später aber nach geschehener Restitution seiner ganzen Erbschaft aufhöre Erbe zu sein.

Grangianus, Paradoxa jur. civ. c. 24 in Ottonis thes. T. V. p. 639.
Lyncker, responsa Vol. 11. resp. 31. §. 13.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 168 f.

Andere meinen, für die ältere Zeit sei die bejahende, für die Justinianische Zeit sei die verneinende Antwort richtig.

Huber, praet. ad Inst. 2. 23. §. 8.
H. L. Böhmer, electa T. 1. Nro. 7. de legatis et fideic. praest. cap. 2. §. 1 u. 3.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 184 u. 219 – 221.
v. Buchholtz, Prälegate S. 110.

XIII.

Wenn ein Erbe gebeten wird, seinen ganzen Erbtheil zu restituiren, mit Zurückbehaltung gewisser ausdrücklich benannter Sachen oder einer Summe, so streitet man, was für ein Rechtsgeschäft der Testator angeordnet habe.

Einige meinen, es sei ein Prälegat — Präfideicommiß — angeordnet; ob es aber ein solches bleibe oder in ein simples Vermächtniß umgewandelt werde, hängt davon ab, ob der Fiduciar die Trebellianische Quart abziehe, also Erbe bleibe und in die Quart ganz oder

theilweise das Prälegat einrechne, oder ob er mit dieser Singularsuccession allein sich zufrieden erkläre, L. 58. §. 3 D. ad SC. Trebell.

v. Buchholtz, Prälegate S. 255.

Andere leugnen in diesen Fällen des „Abziehens, Zurückbehaltens, Präcipirens" die Existenz eines Prälegats überhaupt.

Bolley im Tübinger Archiv 1803. S. 52. Not. a.

Andere unterscheiden, ob der Testator gesagt habe: Titius heres sit et fundum praecipiat, und hernach hereditatem restituat, oder: Titius heres sit et praecepto fundo restituat; im ersten Falle solle ein Prälegat, im zweiten Falle ein simples Vermächtniß vorhanden sein.

v. d. Pfordten, de praeleg. p. 26.

Andere nehmen in dem Falle des deducere, retinere, praecipere und accipere jussus, L. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2. §. 9 Inst. de fideic. hered. 2, 23, nur dann ein wahres Prälegat an, wenn die von einem Theilerben zurückbehaltenen Objecte andere Gegenstände als Geld sind. Denn während bei allen übrigen Gegenständen außer dem Gelde, welche von dem Fiduciar in Anspruch genommen werden sollen, dieselbe Verpflichtung der Miterben, wie bei den eigentlichen Prälegaten, eintrete, so sei, nach der ausdrücklichen Erklärung Papinian's in L. 58. §. 3 D. ad SC. Trebell., bei der Fortnahme des Geldes keine andere Erbportion, als die des Restituenten selbst betheiligt.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 198.
v. Buchholtz, Prälegate S. 258.
Bolley im Tübinger juristischen Archiv Bd. 3. S. 21.

XIV.

Wenn ein Erbe, der zugleich mit einem Prälegat bedacht ist, um die Restitution seiner Erbschaft von dem Erblasser gebeten wird, so streitet man, ob er im Zweifel auch das Prälegat restituiren muß.

Einige meinen, wenn der Testator bei der seinem Erben auferlegten Restitutionspflicht der Erbschaft nicht ausdrücklich die Prälegate erwähnt habe, so müßten die Prälegate mit der Erbschaft ganz restituirt werden.

Göschen, Vorles. §. 1067.

Andere stellen die gerade entgegengesetzte Regel auf.

Buddeus in Ersch u. Gruber's Allg. Encyklopädie, Artikel: Fideicommiß, S. 31.

Andere meinen, es komme überhaupt nicht auf die vom Testator gebrauchten Worte an, sondern auf die Zeitfolge, wenn der Erblasser das Prälegat angeordnet, und wenn er die Restitution der Erbschaft des Prälegatars verfügt habe. Wenn nämlich der Testator zuerst das Prälegat und sodann das Universalfideicommiß festgesetzt habe, so müsse man allerdings unterscheiden, ob der Erblasser die portio schlechthin oder die hereditaria portio zu restituiren gebeten habe, weil in jenem Falle die Prälegate ganz dem Universalfideicommissar zu restituiren seien, während sie in diesem Falle zum Theil bei dem Fideicommissar blieben; wenn aber zuerst das Universalfideicommiß und darauf das Prälegat bestellt sei, so bilde das Prälegat gar kein Object der Restitution.

Glossa zu L. 3. §. 4 ad SC. Trebell. 36. 1 v. hereditariam.
Peregrinus, de fideicomm. art. VII. Nro. 63, wo nicht weniger als dreißig ältere Schriftsteller für diese Ansicht aufgeführt werden.
Donellus, Comm. absolut. Cod. ad L. 24 C. famil. herc. u. Comm. jur. civ. 7. 25.

Andere meinen, daß der ordo scripturae gar nicht in Betracht komme, sondern daß einzig und allein der durch die Worte ausgedrückte Wille des Testators entscheiden müsse. Solle der Erbe schlechthin seine portio oder quidquid ex hereditate, ex bonis, ex hereditate bonisve, oder quidquid quoque nomine de bonis meis ad eum pervenerit restituiren, cf. L. 3. §. 4 D. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 40. §. 1. L. 41. §. 14 de legat. III. L. 16 C. de fideic. 6, 42. L. 3. §. 3 de usuris 22, 1. L. 78. §. 13 D. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 77. §. 12 de legat. II., so müsse er das Prälegat auch in den von seinen Miterben empfangenen Theilen herausgeben. Sei hingegen der Erbe und Prälegatar vom Testator gebeten, seine hereditas, §. 9 Inst. de fideic. hered. 2, 23. L. 18. §. 2 D. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 51 eod., oder seine hereditatis pars, L. 77 pr. de legat. II., oder seine hereditatis portio, L. 18. §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1. L. 24 C. fam. herc. 3, 36, zu restituiren, so sei er nur verbunden, von dem Prälegate den Theil herauszugeben, welcher auf seiner Erbportion hafte.

Pfeiffer, de praeleg. §. 22.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 290.
v. Buchholtz, Prälegate S. 468.

XV.

Streitig ist, ob Prälegate in die Trebellianische Quart eingerechnet werden müssen.

Einige meinen, daß die Vermächtnisse einzelner Sachen, welche der Erbe für sich zurückbehalten oder dem Fideicommissar abziehen solle, ganz in die Trebellianische Quart eingerechnet werden müßten.

Francke, de praelegat. §. 7.

Andere meinen, daß Prälegate gar nicht in die Trebellianische Quart einzurechnen seien.

Bachovius ad Treutler, Vol. II. disp. 14. thes. III. lit. B u. C. p. 867.
Pothier, Pandectae 36. 1. Nro. 70.
Schweppe, röm. P.-R. §. 936.
Buddeus in Ersch u. Gruber's Allg. Encyklopädie, Artikel: Fideicommiß, S. 30.

Andere meinen, es seien bei der Frage, was von den Prälegaten in die Trebellianische Quart einzurechnen sei, folgende zwei Hauptfälle zu unterscheiden: das Prälegat könne entweder in Gelde oder in andern Gegenständen bestehen. Wenn das Letztere der Fall sei, so werde nur eine so große Quote des prälegirten Gegenstandes in die Quart eingerechnet, als die Erbschaftsquote des Fiduciars und Prälegatars betrage; das Uebrige vom Prälegat behalte der Fiduciar noch außerdem. Sei aber Geld der Gegenstand des Prälegats, so müsse das Geld ganz in die Quart eingerechnet werden, wobei es gleichgiltig sei, zu einem wie großen Erbtheile der Fiduciar berufen sei, indem stets das gesammte Geld als von dem zu restituirenden Erbtheile retinirt,

V.

Andere meinen, der Fiscus bleibe Erbe und nur gegen diesen seien die Klagen zu richten. Denn durch spätere Verordnungen, L. 2. L. 3 C. de quadriennii praescript. 7, 37. §. ult. Inst. de usucap. 2, 6, solle ein solcher Käufer schlechthin von allen Ansprüchen der Gläubiger befreit und diesen nur binnen vier Jahren der Regreß gegen den veräußernden Fiscus übrig gelassen sein.

Kämmerer in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 346.

IV.

Streitig ist, ob die Erbschaftsgläubiger den Erben belangen müssen, oder ob sie befugt sind, gegen den Käufer der Erbschaft zu klagen.

Einige meinen, sowohl die Legatarien als die Erbschaftsgläubiger könnten und müßten, auch nach dem Verkaufe der Erbschaft, den Erben noch ebenso belangen, als wenn er die Erbschaft besäße, und dürften den Käufer der Erbschaft wider dessen Willen gar nicht belangen, auch wenn der Verkäufer mit dem Käufer ausdrücklich ausgemacht habe, daß Letzterer die Gläubiger der Erbschaft befriedigen solle, L. 2 C. de hered. vend. 4, 39, vergl. mit L. 25 C. de pactis.

Glück, Pand. Bd. 16. S. 374.
Sintenis, Civilrecht §. 206. Not. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 782.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 4. S. 25.

Andere meinen, der Erbschaftskäufer könne belangt werden,

Gottschalk, discept. for. T. II. p. 37.
v. Hartitzsch, Entsch. Nr. 167.

und zwar mit einer actio utilis,

Hellfeld, jurispr. for. §. 1015.

wenigstens nach einer angeblichen Praxis.

Voet, Comm. ad P. 18. 4. Nro. 16.

Vergl.

Hepp, im civil. Archiv Bd. 15. S. 261 f.

Präjudiz 1.

Die Kinder haben eben so, wie die Wittwe, die Erbschaft angetreten, und nur, gegen Aussetzung ihrer Erbtheile in runden Summen, den übrigen Nachlaß zur activen und passiven Vertretung an ihre Mutter abgetreten. Durch diese, dem Gläubiger gegenüber als res inter alios acta anzusehende Vereinigung war bloß ein besonderes Verhältniß zwischen den Erben unter sich, keineswegs eine Befreiung der Kinder von der ihnen, als Miterben, nach außen hin obliegenden Verpflichtung, aus dem Nachlasse die Verbindlichkeit ihres Erblassers zu erfüllen, und keineswegs eine Aufhebung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes, sie, als Miterben, hierauf mit in Anspruch zu nehmen, begründet. Sogar wenn eine andere Form gewählt worden wäre, und die Kinder, gegen eine ihnen aus dem Nachlasse oder von der Wittwe gereichte Abfindung, sich von der Erbschaft ganz losgesagt hätten, würden sie, als Verkäufer ihres Antheiles an der Erbschaft, in Folge des in dieser Handlung liegenden Erbschaftsantrittes und des Satzes: semel heres, semper heres, Dritten gegenüber als Erben verantwortlich bleiben,

L. 2. §. 20 D. de hered. vend.
L. 68 D. de hered. inst.
L. 2. 6 Cod. de hered. vend.
L. 2 Cod. de legat.

wie dies auch von dem Oberappellationsgerichte in ähnlichen Fällen, z. B. in Sachen Schmidt's Erben gegen Lorenz am 2. Jan. 1855, als unbestritten betrachtet worden ist.

Urtheil des OAG. zu Dresden vom Monat Februar 1855, in S. des Barmherzigkeitsstiftes zu Camenz c. Mathilde Louise verehel. Dieckhoff und Genossen.
Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen N. F. Bd. 14. H. 3. Nr. 91. S. 233.

V.

Streitig ist, ob der Erbschaftskäufer nicht wenigstens in subsidium hafte, wenn der Verkäufer insolvent geworden ist.

Einige meinen, nach der heutigen Praxis werde der Billigkeit wegen in solchem Falle eine subsidiarische Klage gestattet.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 18. 4. §. 17.
Struv, syot. jur. civ. exerc. 23. th. 75.
Hofecker, princ. jur. civ. §. 1943.
Glück, Pand. Bd. 16. S. 378.
Thibaut, System §. 887.

Andere meinen, eine solche angebliche Praxis lasse sich auf keine Weise billigen, wobei jedoch natürlich zugestanden werden müsse, daß die Erbschaft nach wie vor als Hilfsobject angegriffen werden könne.

Sintenis, Civilr. §. 206. Not. 6.

Veräußerung des Familienfideicommisses, s. Familienfideicommisse c. 5. 6.

Verbot der quarta Falcidia, s. quarta Falcidia c. 7.

Vergiftung als Enterbungsgrund, s. Enterbungsursachen c. 25. 26.

Vergleich bei nichtigen Testamenten, s. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 4.

Verhinderung ein Testament zu machen, s. Enterbungsursachen c. 15. 24.

Verjährung der actio suppletoria, s. actio ad supplendam legit. c. 8.

— — der annuae praestationes, s. testamentum ad pias causas c. 9.

— — der hereditatis petitio, s. hereditatis petitio c. 25.

— — des interdictum quorum bonorum, s. interdictum quorum bonorum c. 6.

— — der querela inoff. test., s. querela inoff. test. c. 21.

Verkauf der Erbschaft, s. Veräußerung der Erbschaft.

— — bei Abstention des suus heres, s. beneficium abstinendi c. 5.

— — Accrescenzrecht dabei, s. Anwachsungsrecht c. 5.

— — von Erbschaftsgrundstücken, s. judicium familiae herciscundae c. 9.

— — verpfändeter Sachen seitens der Beneficialerben, Folgen davon, s. beneficium inventarii c. 27.

Verloosung von Erbschaftsgrundstücken, s. judicium familiae herciscundae c. 9.

Verlust der Erbschaft zur Strafe*).

*) Die Indignitätsfälle zerfallen unter zwei Hauptgesichtspunkte, indem sie theils in Delicten des Delaten bestehen, theils wegen Mißachtung des Willens des Erblassers anerkannt werden; hierzu kamen jedoch noch einzelne mehr für sich bestehende Gründe, z. B. L. 2. §. ult. L. 1. L. 16. §. 2 D. de his quae ut indigo. Damit hängt die Verschiedenheit des Anfalls an den Fiscus und andere Personen zusammen; ersteres war die Regel und ist in den älteren, meist Delicte betreffenden Bestimmungen enthalten, letzteres gewissermaßen Ausnahme.

Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 558 f.
Puchta, Institut. Bd. 3. S. 309.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 1. S. 380.
Schilling, Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte S. 312 f.
Schröter in Gießer Zeitschr. Bd. 10. S. 120.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 361 f. Bd. 43. S. 471 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 48 f.
Sintenis, Civilrecht §. 205.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 78 f.

I.

Streitig ist, welche Klage dem Erwerber des Ereptoriums zustehe.

Einige meinen, gegen den indignus stehe nur eine condictio ex lege zu, gegen den Dritten aber, der sich im Besitze befindet, könne die Klage, welche der indignus selbst gehabt hätte, utiliter gebraucht werden.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 551.

Andere nennen die Klage, welche dem Fiscus zum Zwecke der Entreißung einer dem indignus deferirten Erbschaft zustehe, eine persönliche Klage.

A. Faber, error. Pragm. dec. 38. err. 9.
Thibaut, System (7. Aufl.) §. 838.
Seuffert, Lehrbuch des Pand.-R. §. 597.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1625.

Andere meinen, die Klage sei, wenigstens für den Fall, wo der Fiscus in die Erbrechte des indignus eintrete, eine hereditatis petitio, und zwar nicht allein gegen diesen, sondern auch gegen Andere. Diese Ansicht stützt sich auf den Grundsatz, daß der eripirende Fiscus ganz in die Stelle des indignus treten, statt seiner succediren solle, L. 16 §. 2 D. 34, 9. L. 8 C. 6, 35, welcher im vorliegenden Falle umsomehr in Betracht komme, da Justinian Nov. 1. c. 1. §. 4 in einem anerkannten Indignitätsfalle ausdrücklich erkläre, der Eripirende trete dabei ganz als Erbe ein, könne Alles vornehmen und thun, was ein Erbe vornehmen und thun dürfe, namentlich dieselben Klagen anstellen wie ein Erbe; theils auf den Sprachgebrauch der classischen Juristen, welche die für das Ereptionsrecht des Fiscus gebrauchten Ausdrücke, wie vindicare hereditatem, evincere hereditatem indigno, auch für die Anstellung der hereditatis petitio gerade in der Lehre von der Indignität gebrauchen, z. B. L. 8 u. L. 17 D. 5, 3. L. 1. §. 1 D. 5, 4. L. 2. §. 2 D. 26, 6; theils endlich auf Zeugnisse der classischen Juristen, welche unter den bei der hereditatis petitio vorkommenden praedones auch die indigni verstanden haben sollen, L. 25. §. 2—5 D. 5, 3. vergl. mit L. 2 pr. L. 13 u. 14 D. 34, 9. und die Worte des Juventianischen Senatusconsults, welche die caduca betreffen, auch auf alle anderen Fälle ausdehnen, in denen der Fiscus aus irgend einem Grunde Anspruch auf irgend eine hereditas erwerbe, L. 20. §. 6 u. 7 D. 5, 3.

Thibaut, System (8. Aufl.) §. 989.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 1. S. 380.
Glossa ad L. 1 C. de his quib. ut indign.
Sintenis, Civilr. §. 205. S. 687.

Andere treten dieser Ansicht bei, insofern, als es eine persönliche Klage nicht sein könne, wie schon daraus hervorgehe, daß von einem vindicare solcher Erbportionen gesprochen werde, L. 21. L. 25. §. 1 D. 34, 9. L. 32. §. 28 D. 24, 1. L. 8. §. 14 D. 5, 2. L. 7. §. 4 D. 48, 20. Die Klage könne aber auch ebensowenig eine hereditatis petitio sein, — siehe die Gründe bei Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 52 — vielmehr leite der Zusammenhang der ganzen Lehre mit den caduca und die Zusammenstellung der letztern mit den Ereptorien in Betreff der für den Erwerber aus der Singularsuccession entstehenden Eigenthumsansprüche bei Ulpian (Ulp. fr. tit. 19. §. 2 und 17) auf die Idee hin, daß auch bei den Ereptorien, gleichwie bei den caduca von einer wahren Eigenthumsklage, caducorum vindicatio, die Rede gewesen sei. Dies bestätige L. 43 D. de jure fisci 49, 19, welche dem Fiscus in einem unbezweifelten Indignitätsfalle geradezu die in rem actio zuspreche, was zur Zeit der classischen Juristen die gewöhnliche Bezeichnung für die Eigenthumsklage gewesen sei.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 51.
Vergl. Duroi im civil. Archiv Bd. 6. S. 232.

II.

Streitig ist, ob ein Indignitätsfall vorliege, wenn der Erblasser hinsichtlich des Erben seinen Willen geändert hat, ohne jedoch das Testament oder die Erbeseinsetzung wirklich aufzuheben.

Einige bejahen dies, und statuiren einen Indignitätsfall, wenn der Testator auf irgend eine Art den Willen kundgethan hat, daß jener nicht sein Erbe sein solle, wohin namentlich gehöre, wenn er seinen Namen (nicht die Erbeseinsetzung) durchstrichen, oder nachher ein anderes, aber ungiltiges, Testament gemacht habe, ohne den früheren Erben darin einzusetzen, L. 12. L. 16. §. 2 D. de his quae ut ind. 34, 9. L. 4 C. eod. 6, 35.

Puchta, Pand. §. 560.

Andere meinen, obige Ansicht sei eine zu weit reichende unrichtige Bezeichnung; vielmehr werde zur Indignitätserklärung eine bestimmte Form erfordert, und diese sei einmal die vom Testator veranlaßte Vernichtung des Testaments oder der Erbeinsetzung, weil er den Eingesetzten als unwürdig habe ausschließen wollen, und sodann die Erklärung dieser letzteren Absicht in einem Codicille. Hiervon aber weiter zu schließen und das in L. 4 C. cit. vorkommende: quia tamen voluntatem suam — declaravit, ganz allgemein und von jeder formlosen Willenskundgebung zu verstehen, dazu sei man nicht berechtigt.

Sintenis, Civilrecht §. 205. Not. 6.

III.

Streitig ist, ob auch heutzutage ein Erbe des Erbrechts verlustig wird, wenn er sich weigert, den Tod des entleibten Erblassers zu rächen, L. 17 D. de his quae ut indign. 34, 9. L. 29 in f. D. de jure fisci 49, 14 L. 1. C. 9 C. de SC. Silan. 6, 35.

Einige meinen, diese Vorschrift sei heutzutage noch anwendbar; die Gründe, welche man wohl gegen die

Die einzelnen Indignitätsfälle werden am vollständigsten von Puchta, Lehrb. der Pand. §. 559 f. und v. Vangerow, Pand. §. 565 aufgezählt. Siehe auch Succession des Fiscus.

Anwendbarkeit geltend mache, nämlich, daß heutzutage das Strafrecht ex officio vom Richter ausgeführt werde, daß Niemand zur Anklage gezwungen werden könne, kämen gar nicht in Betracht. Es vertrage sich gewiß vielmehr mit jedem strafrechtlichen System, denjenigen für unwürdig des Erbrechts zu erklären, welcher bei dem gewaltsamen Tode des Erblassers ruhig und gleichgiltig verbleibe, und die ihm zu Gebote stehenden Mittel, den Thäter zur gerichtlichen Untersuchung und Strafe zu ziehen, unterlasse.

Lyncker, de bonis erept. §. 22.
Heigius, quaest. jur. civ. P. 2. quaest. 34. Nro. 10.
Theodorici coll. crim. cap. 5. §. 5. Nro. 5.
J. H. Böhmer, diss. de expens. criminal. cap. 2. §. 3.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 477.

Andere halten diese Bestimmungen auch wegen Art. 214 der C. C. C. für antiquirt, und beruhe die entgegengesetzte Ansicht in einer Verwechselung der der ultio necis zu Grunde liegenden Absicht und Anschauung:

Böhmer, meditat. in C. C. C. p. 937.
Göschen, Vorles. §. 977 zu A.
Sintenis, Civilrecht §. 205. Not. 9.
Schilter, exercit. 38. th. 179 u. 180.
Struv, exerc. 34. Nro. 50.
Wernher, lectiss. comm. in P. 29. 5. §. 2.
Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 3. Nr. 172.

wie denn auch die Praxis den Satz für unanwendbar halte.

Voet, Comm. ad P. 29. 5. §. 6 und die daselbst Allegirten.

IV.

Derjenige, welchem testamentarisch etwas zu dem Zwecke hinterlassen ist, um die Erziehung eines Kindes zu übernehmen, verliert solches, wenn er dieselbe ablehnt.

Streitig ist aber in Bezug auf die Erbeseinsetzung, wem das so Hinterlassene eventuell zufalle?

Einige meinen, es falle das Hinterlassene an die Miterben, Substituten oder Intestaterben, L. 1. §. 3 D. ubi pupill. 27, 2.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 551.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 791. Not. 16.
Sintenis, Civilr. §. 205. Not. 17.

Andere beschränken den Anfall auf die Miterben,

Göschen, Vorles. §. 978. Not. 3.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 61.

insbesondere auch nur bei unmündigen Kindern des Erblassers,

Puchta, Lehrbuch §. 559. Nr. 10.

und zwar berufen sich Alle auf dieselbe L. 1. §. 3 cit.

Vergl. über dieses Gesetz
Sintenis, Civilrecht §. 205. Not. 17.

V.

Streitig ist, ob es ein Indignitätsgrund sei, wenn Geschwister dem Erblasser nach dem Leben gestrebt oder gegen ihn eine Criminalklage erhoben, oder ihn um sein Vermögen zu bringen gesucht haben.

Einige bejahen dies wegen Nov. 22. c. 46 u. 47:

Cocceji, jur. civ. contr. lib. 5. tit. 3. §. 9.
Madihn, princ. jur. Rom. de success. §. 140.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1694.
Höpfner, Institut. §. 477.

wenigstens für den Fall, wo Geschwister einander ab intestato beerbten.

Cocceji, l. c.
Hofacker, l. c.
Höpfner, l. c.
Thibaut, System §. 839. (7. Aufl.) §. 990. (8. Aufl.)
Glück, Pand. Bd. 5. S. 206 u. 207.

Andere meinen, diese Indignität trete bei allen Geschwistern ein, einerlei, ob sie ex testamento oder ab intestato erbten.

Schweppe, röm. P.-R. §. 980.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 551.
Seuffert, Lehrbuch des Pand.-R. §. 597.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 590.
Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 88.
Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht S. 57.

Andere meinen, die Nov. 22. c. 46 u. 47 rede gar nicht von einem Indignitätsfalle der Geschwister, sondern von einer wirklichen Enterbung des Kindes, welche die Mutter hier theils wegen ingratitudo gegen sie selbst, theils wegen ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder vornehmen dürfe.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 4. S. 417 f.

VI.

Streitig ist, wem dasjenige zufällt, was der frater ingratus nicht erhalten solle.

Einige meinen, es falle den übrigen Geschwistern zu.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1694.
Schweppe, röm. P.-R. §. 980.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 551.
Zimmern, Grundr. des Erbr. S. 88.
Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht S. 57.

Andere, den übrigen Geschwistern und den mit ihnen concurrirenden Intestaterben.

Thibaut, System §. 990. (8. Aufl.)

Andere, den Geschwistern und den mit ihnen oder nach ihnen gerufenen Intestaterben.

Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 590.

VII.

Ein Fall, wo der Fiscus eintritt, besteht, wenn der Erbe bei der Anklage des Erblassers als freiwilliger Anwalt, als Zeuge, als Bürge oder Richter behilflich war, L. 5. §. 10—13 D. 34, 9.

Streitig ist die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift.

Einige halten diese Bestimmung überhaupt für praktisch.

Thibaut, System §. 990.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 59.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 551.

Andere schließen den Anwalt aus.

Hofacker, princ. jur. civ. §. 1615.

Andere wollen höchstens rücksichtlich der Advocaten und Bürgen die Bestimmung für anwendbar halten, bei Zeugen und Richtern aber bei den veränderten sittlichen Ansichten die Bestimmung für unanwendbar halten.

Sintenis, Civilrecht §. 205. Not. 10.

Andere führen diesen Fall überhaupt nicht auf.

Puchta, Lehrbuch §. 559.

VIII.

Streitig ist, inwiefern die Lehre, soweit die ereptoria an den Fiscus fallen, heutzutage noch praktisch sei.

Einige behaupten deren Anwendbarkeit und bezeugen deren Anwendung im Allgemeinen, während Einzelnes allerdings veraltet sei.

Stryk, usus mod. ad tit. Dig. 34. 9.
Schilter, prax. Rom. exerc. 38 §. 182.
Weroher, P. 8. obs. 36.

Andere meinen, es ließe sich weder allgemein behaupten, daß die Lehre heutzutage praktisch sei, noch dürfe man allgemein das Gegentheil sagen; häufig würden in Particulargesetzen zum Nachtheil des Fiscus und zum Vortheil der Erben Bestimmungen gefunden. Deshalb komme es auf den Gebrauch eines jeden Orts an, und pflege man in dubio gegen den Fiscus zu entscheiden.

Mevius, dec. T. 5. dec. 153.
Lauterbach, coll. th. pr. P. 34. 9. §. 6.

Andere erklären die praktische Giltigkeit zwar für zweifelhaft, im Allgemeinen aber bejahen sie dieselbe.

Leyser, sp. 398. med. 1.

Andere halten die Bestimmungen durchweg für praktisch und anwendbar.

Sintenis, Civilrecht §. 205. Not. 1.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 39. S. 276. Bd. 43. S. 477.

Vergl.

Voet, Comm. ad P. 29. 5. §. 6 und die daselbst Allegirten.

Andere meinen, heutzutage falle die Erbschaft oder das Vermächtniß, dessen sich Jemand unwürdig gemacht, nicht mehr an den Fiscus, sondern verbleibe in der Erbschaft. Der Grund dieser Behauptung liege in Nov. 134. c. 13 und der Authent. Bona damnatorum C. de bonor. proscr., in welchen die Confiscation der Güter der zum Tode Verdammten, welche nach älterem Rechte der Fiscus zufielen, aufgehoben und verordnet sei, daß die nächsten Erben des Uebelthäters auch seine Güter erben sollten.

Groeoewegen ad tit. C. de his quae ut indigo.
Hommel, Rhapsod. obs. 640.

Vergl. hiergegen

Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. 3. Nr. 171.

Vergl. Erbunfähigkeit A. absolute c. 5.

Vermachen, ob gleichbedeutend mit Erbeseinsetzung, s. Notherbenrecht C. c. 2.

Vermächtnisse.

A. Allgemeine Grundsätze.

Westphal, hermeneutisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen.
Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen.
v. Löhr in s. Magazin Bd. 4. Nr. 6.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. Nr. 4 u. 9.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 279 f.
v. Vangerow, Pand. §. 521 f.
Sintenis, Civilrecht §. 207 f.

I.

Ist einigen von mehren Miterben, oder ihnen allen, unter namentlicher Aufführung, ohne nähere Bezeichnung, ein Vermächtniß zu entrichten auferlegt, so streitet man, ob die mehren Erben nach Viriltheilen oder nach Erbportionen verhaftet sind*).

Einige suchen den Widerspruch der drei Gesetze durch Conjecturen zu lösen, so namentlich, daß man in der L. 54. §. 3 statt si pars heredum nominata sit, lese si personae heredum nominatae sint,

Cujacius, recit. solemn. ad D. 31. 1. 33. (opp. T. VII. p. 1139 sq.)

oder: si pars heredum nominata sit in legando, hereditarias partes heredes debent, si vero omnes, viriles,

Gordooius, praetermissa jor. civ. c. 5. (in Otton. thes. 2. p. 841 sq.)

oder statt der Worte in der L. 17 cit.: virilibus partibus sei aus Versehen hereditariis partibus geschrieben

Jeosius, strictorae p. 218 sq.

Andere meinen, daß die römischen Juristen selbst verschiedener Meinung gewesen seien, und sei deshalb ein Versuch, die widerstreitenden Stellen durch Kritik oder Interpretation zu vereinigen, erfolglos; man müsse die Entscheidung in der L. 17 cit. den übrigen Quellenaussprüchen vorziehen, weil Paulus der jüngste unter den hier in Frage stehenden Juristen, und seine Meinung nicht nur innerlich consequent, sondern auch durch die Autoritäten von Atilicinus, Sabinus und Cassius unterstützt sei, so daß sich in der Aufnahme dieser Stelle der wahre Wille Justinian's ausspreche,

Püttmann, probab. lib. 2. c. 3.
Coorndi, repreh. jur. civ. p. 201.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 445.
Göschen, Vorles. §. 1008.

und müßten danach mehre Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile das Legat entrichten.

Andere stellen die gerade entgegengesetzte Ansicht auf, indem sie praktisch von der Entscheidung des Paulus in der L. 17 cit. ganz absehen und bloß die beiden ersten Stellen berücksichtigen. Diese Ansicht, daß die Erben zu virilibus partibus haften sollten, sei die consequente, da die Erben hier nicht bloß als Erben, sondern durch die specielle Anordnung des Testators obligirt seien.

Mühlenbruch, Lehrbuch §. 733. Not. 18.
Dooellus, Comm. jur. civ. lib. 8. c. 19. § 4
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 427.
Puchta, Lehrb. §. 524.

Andere stimmen diesem bei und erklären, daß durch die Worte pro hereditariis partibus nicht die Verpflichtung nach der Kopfzahl, sondern nur die Correalobligation verneint werde,

Dabis in Gießer Zeitschr. N. F. Bd. 1. Nr. 9.

während Andere gerade die Annahme einer Correalobligation in der Stelle finden.

Gerstlacher, zur Lehre v. d. Rechtsverhältn. zwischen mehren Erben u. dem Legatar S. 40 (1853)

Andere stellen die Ansicht auf, daß Paulus in der L. 17 cit. und Neratius in der L. 124 cit. zwei extreme

*) Hierüber sind drei einander widersprechende Stellen vorhanden; L. 54 § 3 de leg. I. u. L. 124 eod. entscheiden es müßten Viriltheile gemacht werden; nach L. 17 D. de duob. reis dagegen, wo es heißt: Si a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur — sind die erwähnten Erben allemal pro hereditariis partibus zum Legat verpflichtet

Meinungen, Pomponius aber in der L. 54 cit. eine mittlere Meinung vertheidigt hätten, welcher letzteren, als der vermittelnden, man folgen müsse. Wenn also der Erblasser bei der Belastung die mehren Onerirten nicht mit einem sie begreifenden Namen bezeichne, sondern einen von ihnen nach dem andern namentlich aufgeführt habe, so concurrirten sie zur Entrichtung des Vermächtnisses nach Maßgabe ihres aus dem letzten Willen Empfangenen, falls sie bei der Belastung alle, — dagegen nach Kopftheilen, wenn sie nicht alle aufgeführt seien.

A. Faber, conject. lib. 11. c. 19 fin.
Schweppe, röm. P.-R. §. 884 a. E.

Einige meinen, der Maßstab der Honorirung müsse auch für die Onerirung entscheiden, nach Analogie der L. 7 D. de stip. serv. 45, 3 u. L. 22 D. de statu lib. 40, 7. Auf eine Lösung des durch die drei oben angeführten Gesetze gegebenen Widerspruchs müsse man verzichten, und jener analoge Maßstab der Honorirung für die Onerirung trete auch nur eventuell ein, wenn namentlich der Wille des Erblassers nicht auf irgend eine Art erkennbar sei.

v. Vangerow, Pand. §. 521. Not. 3.

Siehe dagegen

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 286.

Andere stimmen darin überein, daß die drei Gesetze unvereinbar seien, man müsse sie deshalb ganz ignoriren und die Frage nach der Natur der Sache entscheiden. Vor Allem sei zu prüfen, ob nicht im einzelnen Falle die eine oder andere Auslegung durch irgend einen Umstand überwiegend wahrscheinlich gemacht werde; dies könne z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser vorzugsweise auf die Erbenqualität hinweise, z. B. wenn er erkläre: meine sämmtlichen Erben A B C D sollen schuldig sein u. s. w., wo die Namen als nur näher bezeichnende Apposition zu sämmtlichen Erben erscheinen. Im Zweifel aber, wo ein solcher Anhaltspunkt mangele, müsse man vorerst, wenn **alle** Erben namentlich onerirt seien, für gleichheitliche Theilung der Last entscheiden; nicht nur spreche dafür der innere Grund, daß ja bei anderer Willensmeinung des Erblassers die namentliche Bezeichnung der Onerirten ganz überflüssig und unpassend gewesen wäre, sondern es könne auch für diesen Fall die klare Entscheidung der L. 54 cit. mit den anderen ebenfalls vereinigt werden. Aber auch, wenn nur einige von den Erben namentlich genannt seien, sei es das Einfachste, gleichförmige Belastung derselben anzunehmen, wenn der Erblasser nicht etwas Anderes andeute. Der Grund, welchen Paulus für seine abweichende Ansicht angebe — quia hereditas eos obligat — sei nicht treffend, da es unzweifelhaft sei, daß der Erblasser die Erben ohne alle Rücksicht auf das Verhältniß ihrer Erbtheile belasten könne; und einen anderen durchgreifenden Grund für jene Meinung gebe es nicht. Wenn jedoch der Testator im Allgemeinen seinen Erben das Vermächtniß auferlege, und nur einen oder den anderen davon ausnehme, so gelte für die übrigen die Größe ihrer Erbtheile als Maßstab ihres Antheils an dieser Last; denn dieses sei in der L. 17 cit. ausgesprochen, und sei auch an sich natürlich. Jedenfalls übrigens müßten die namentlich onerirten Erben das **ganze** Vermächtniß entrichten.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 285 f.

Andere meinen, 1) wenn die Erben schlechthin, also alle zwar im Allgemeinen onerirt, nicht nominatim enumerati, so hafteten alle pro heredit. part. Dies sagten alle Stellen übereinstimmend, und dazu sei nur die Limitation als von selbst sich verstehend hinzuzufügen, daß die Frage unter Umständen quaestio facti sein, und die Interpretation des Willensausdrucks des Testators möglicherweise ein anderes Resultat herbeiführen könne; 2) der Widerspruch betreffe also nur den Fall, wo einigen von mehren Miterben oder allen unter namentlicher Aufführung ohne nähere Bestimmung ein Vermächtniß zu entrichten auferlegt sei. Dieser Widerspruch sei durch Interpretation jener drei Stellen nicht zu heben, und daher nur eine Wahl zwischen beiden Entscheidungen und ihren sich widersprechenden Motivirungen übrig, und da sei die Ansicht des Pomponius in L. 54 cit. nicht nur darum vorzuziehen, weil der Entscheidungsgrund in L. 124 cit.: quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, ein speciellerer, das Verhältniß tiefer umfassender, als der des Neratius: quia hereditas eos obligat; denn das passe ja auf beide Fälle, mögen sie pro viril. oder pro hered. part. haften.

Sintenis, Civilrecht §. 209. Not. 12.
Puchta, Pand. §. 524.
Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 427.

Andere meinen, in der L. 17 cit. sei der Fall unterstellt, wo die Erbenqualität als das Moment des testatorischen Willens hervortrete. Da übrigens alle gesetzlichen Bestimmungen nur aus dem muthmaßlichen Willen des Erblassers schöpfen konnten, so sei auch der Richter auf dessen Ermittelung angewiesen. Sei die Erbenqualität das Hervorstehende, die namentliche Aufführung der Erben demnach nur demonstrative beigefügt, so werde man nach L. 17 cit. entscheiden müssen, dagegen nach L. 54 u. L. 124 cit., wenn wesentlich bestimmte einzeln benannte Erben mit dem Legat belastet sind.

Holzschuher, Th. 3. S. 224.

Vergl. auch

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 814.

Siehe actio ad supplendam legit. Contr. 1. Präj. 3.

II.

Mehre Onerirte haften solidarisch, wenn der Gegenstand des Legats untheilbar ist (L. 11. §. 23 u. 24 D. de legat. III. L. ult. D. de serv. leg. 33, 3), sowie wenn vom Erblasser Mehren alternativ das Vermächtniß auferlegt ist, L. 8. §. 1 D. de legat. I. L. 25 D. de legat. III.

Streitig ist nun, wie die L. 9 pr. u. in fin. de duob. reis 45, 2 hiermit vereinbar sei.

Einige meinen, wenn der Erblasser daselbst im princ. sage: Titius et Mevius Sempronio decem dato, so solle eine solidarische Haftung eintreten, so sei dies nicht anders zu erklären, als daß durch den gebrauchten Singularis „dato" die Wirkung des „et" für aufgehoben zu halten sei.

Faber, conject. lib. 11. c. 19.

Andere meinen, die L. 9 pr. cit. sei von einer alternativen Onerirung zu verstehen, und statt et müsse deshalb aut gelesen werden.

Cujacius ad quaest. Papin. lib. 17 ad h. l. (opp. IV. p. 681. VII. p. 947 u. 1115.)
v. Vangerow, Pand. §. 521. Not 3 a. E.
Sintenis, Civilrecht §. 209. Not. 13.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 284. Not 34.

Vergl.

Ribbentrop, Correalobl. S. 117—119.

III.

Streitig ist, ob die regula Catoniana*) nach Justinianischem Rechte bei Legaten und Fideicommissen eine praktische Bedeutung habe.

Einige verneinen dies; denn wenn die Regel auch bei Legaten nicht nur anwendbar, sondern auch aus der Form, in welcher Legate hinterlassen wurden, erklärlich und nothwendig sei, so habe die Sache sich mit den Fideicommissen, welche nicht dem älteren förmlichen jus civile angehörten, sondern formlos errichtet würden, und also durch keine Form strenge gebunden gewesen seien, anders verhalten. Dieser Umstand, sowie andere Stellen aus dem römischen Rechte, L. 1. §. 1 u. 5. L. 7 D. de leg. III., bewiesen, daß diese Catonianische Regel für Fideicommisse nicht berechnet sei. Auch dadurch, daß Constantin für die Codicille und damit auch für die nicht in einem Testamente errichteten Fideicommisse eine neue Form vorgeschrieben habe, sei keineswegs die Anwendung der Catonianischen Regel für Fideicommisse herbeigeführt worden. Bestärkt werde diese Ansicht dadurch, daß Justinian den wichtigsten Grund gehabt habe, die alte Regel der Legate zu ändern, welche dahin ging, daß die active und passive Testamentifaction im Augenblick der Errichtung des Legats vorhanden gewesen sein müsse; denn mit dem Verschwinden der Form der älteren Testamente, in welchen die Legate hinterlassen werden mußten, habe der Grund der Nothwendigkeit jener Regel für alle Arten der Vermächtnisse einer **einzelnen** Sache längst aufgehört.

Schömann, Handb. des Civilrechts Bd. 2. Nr. 8. S. 176.
v. Löhr in s. u. Grolmann's Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 3. S. 196.
Guyet, Abh. aus dem Civilr. Nr. 5. S. 103.
Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 270.
Schilling, Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 24.
Valett, Lehrb. des Pand.-R. §. 1108.
Thibaut, System §. 959.
Braun, Dictate zu §. 808.

Andere meinen, daß die Catonianische Regel bei Vermächtnissen wegen der auf Legate übertragenen Natur der Fideicommisse jetzt **ganz** wegfiele, lasse sich zwar nicht behaupten; sie müsse aber bei Legaten und Fideicommissen soweit wegfallen, als die anfängliche Nichtigkeit im Gegenstand der Disposition oder in der Person des Honorirten liege, jedoch dabei unter der (wenn auch stillschweigenden) Bedingung der künftig eintretenden Fähigkeit des Objects und des Honorirten disponirt und dann diese Bedingung erfüllt worden sei, L. 1. §. 2 D. de reg. Cat. 34, 7.

Schweppe, röm. P.-R. §. 882.

Andere ältere Juristen nehmen allgemein an, daß seit der lex Julia et Papia Popp. bis auf Justinian's L. un. C. de caduc. toll. die Catonianische Regel unpraktisch gewesen, und gerade erst durch diese Verordnung Justinian's, also auch für unser heutiges Recht, wieder praktisch geworden sei.

Cujacius, obs. lib. 4. obs. 4.
Heineccius ad leg. Jul. et Pap. Popp. III. 2. § 3

Hiergegen siehe

Harnier, de regul. Caton. §. 11.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 297. Not. 136 u. im Rhein. Museum Bd. 5. S. 213

Andere meinen, es sei eine ungegründete Voraussetzung, daß die Catonianische Regel auf Fideicommisse überall nicht angewendet worden wäre, jedenfalls werde aber die fortdauernde praktische Anwendbarkeit der Regel bei allen Arten von Vermächtnissen durch eine ganze Reihe von Stellen bewiesen, deren Aufnahme in die Justinianische Compilation hätte unterbleiben müssen, wenn die Ansicht der Gegner, in Betreff der praktischen Unanwendbarkeit jener Regel, richtig wäre. Vergl. L. 1 pr. §. 1 u. 2. L. 2. L. 3. L. 4 D. de reg. Caton. 34, 7. L. 41. §. 2 D. de leg. I. mit §. 10 Inst. de leg. L. 4. L. 13 C. de leg. L. 8. §. 1 D. de leg. III. L. 30. §. 8 D. ad leg. Falcid. 35, 2. L. 201 D. de reg. jur.

Harnier, de reg. Caton. §. 3.
de Schröter, obs. jur. civ. Nro. 6. p. 108
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 472.
Mackeldey, Institut. §. 721.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 766.
Puchta, Pand. §. 516.
Müller, über Schenkung auf den Todesfall S. 89
Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen Th. 1. S. 237 u. im civil. Archiv Bd. 10. S. 328.
Müller das. Bd. 14. S. 274.
Arndts im Rhein. Museum Bd. 5. S. 204
Göschen, Vorles. §. 1006.
v. Vangerow, Pand. §. 540.

IV.

Streitig ist, ob zur Giltigkeit eines Fideicommisses das Vorhandensein der sog. activen Testamentifaction im Momente der Errichtung des Fideicommisses überhaupt nothwendig sei.

Einige verneinen dies; sie behaupten, der Testirer müsse die Fähigkeit der Testamentserrichtung nur im Augenblicke des Todes haben, sofern der **Wille** des Testirers dann noch derselbe gewesen, welchen er in einem früheren Zeitpunkt der Unfähigkeit gehabt hätte, was also eigentlich eine für das Fideicommiß hinreichende Wiederholung der Disposition sei, L. 1. §. 5 D. de leg. III. L. 19 pr. §. 1 D. de leg. I. Bei Legaten allerdings sei die Wiederholung formelles Erforderniß, bei Fideicommissen aber genüge es, wenn nur voluntas testatoris bewiesen werde, L. 1. §. 5 de leg. III was dann bei der Nichtexistenz einer abändernden Disposition vermuthet werden müsse, da die **erste** Disposition für den **Willen** des Testators einen Beweis gebe, cf. L. 2 C. comm. de leg. 6, 43.

Bucher, System der Pandekten §. 460. (3. Aufl.)
Mühlenbruch, Lehrb. §. 732. Not. 2—4.
Schweppe, röm. P.-R. §. 883.

---

*) Sie lautet: Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere, L. 1 pr. D. de regul. Caton. 34, 7.

Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts Th. 2. Abth. 3. S. 1046. Nr. 4.

Andere meinen, die Behauptungen der Gegner beruhten auf einem Verkennen des wahren juristischen Gehalts und des Verhältnisses der L. 1. §. 5 cit. u. L. 19 pr. cit. zu dem neueren Rechte. Es sei in dieser L. 1 cit. von einer Convalescenz des Intestatfideicommisses gar keine Rede. Ulpian sage vielmehr nur, daß das Fideicommiß giltig hinterlassen gewesen sei, wenn der auf Prästation dieses Fideicommisses gerichtete Wille nach der Emancipation oder Manumission fortgedauert habe. Diese Fortdauer des Willens sei nun gerade das zu dem rein negativen Erfordernisse der Convalescenz, dem Hinwegfallen des bisherigen Erfordernisses, hinzukommende positive Element, durch welches das Fideicommiß juristisch ins Leben gerufen werde. Diese Fortdauer habe nämlich als eine von dem Testirfähigen vorgenommene neue letztwillige fideicommissarische Verfügung, deren Inhalt mit dem Inhalte der früheren nichtigen Verfügung identisch gewesen, aufgefaßt und aufrecht erhalten werden können, da zur Errichtung eines Fideicommisses nach dem damaligen Rechte jede einfache formlose Willenserklärung hingereicht habe; deshalb werde denn auch der eigentliche Zeitpunkt der Errichtung dieses Fideicommisses von Ulpian mit den Worten: quasi nunc datum, cum mors ei contingit, in den Zeitraum nach der durch die Emancipation, resp. Manumission erlangten activen Testamentifaction verlegt, und damit verschwinde denn jeder Schein einer für diesen Fall von der Regel zuzulassenden Ausnahme. Es verstehe sich übrigens von selbst, daß nach processualischen Grundsätzen diese Fortdauer des Willens, wie jede andere, bewiesen werden müsse.

Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 46.
Müller im civil. Archiv Bd. 14. S. 292.
Arndts im Rhein. Museum Bd. 5. S. 247.
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 237. S. 1.
v. Vangerow, Pand. §. 525.
v. Savigny, System Bd. 4. §. 203. S. 557 f.

Fasse man nun das Verhältniß der gedachten L. 1 u. L. 19 cit. zu dem neueren Rechte auf, so habe die im Jahre 424 von Theodos dem Jüngern in Folge der L. 8. §. 3 C. de cod. 6, 36 herbeigeführte Verwandlung der Fideicommisse in solenne Rechtsgeschäfte einer solchen Bestätigung eines nichtig errichteten Fideicommisses durch formlose Willenserklärung hindernd in den Weg treten müssen, und zwar nicht bloß in dem Falle, wo das von dem Testirunfähigen errichtete Fideicommiß ursprünglich formlos, sondern selbst wenn es damals formell, d. h. in der vorgeschriebenen Codicillarform errichtet, nach erlangter activer Testamentifaction aber durch eine neue formlose Willenserklärung bestätigt worden sei. Wollte man nämlich bei einem ursprünglich vor fünf Zeugen, aber von einem Unfähigen errichteten Fideicommisse eine formlose Bestätigung nach erlangter Fähigkeit, wie z. B. durch einfache Scriptur oder vor zwei Zeugen, als giltig zulassen, so würde das Fideicommiß im Grunde doch nur durch die formlose Scriptur oder die Beglaubigung der zwei Zeugen ins Leben treten, weil es ohne diese Bestätigung, trotz der früheren fünf Zeugen, dennoch nichtig bleiben müßte. Dies würde aber gegen den Inhalt und Geist der L. 8. §. 3 C. cit., welche die Beglaubigung des Fideicommisses durch fünf Zeugen erfordere, verstoßen, und es könne daher eine solche Bestätigung, als unverträglich mit dem neueren Rechte, nicht mehr zugelassen werden.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 237 f.
v. Vangerow, Pand. §. 240 u. 520.
Fein in Glück's Pand. Bd. 44. S. 51, woselbst einige Ausnahmen von der allgemeinen Regel aufgestellt sind.

V.

Streitig ist, ob ein Legat von einer willkürlichen Handlung des Erben abhängig gemacht werden könne.

Einige meinen, ein solches Legat sei zwar nicht ungiltig, aber könne unwirksam werden, wenn der Erbe die Handlung nicht vornehme, L. 3 D. de leg. II. L. 11. §. 5 u. 6 de leg. III. L. 75 pr. de leg. I. L. 46. §. 3 D. de fideicomm.

Walch, diss. de legato heredis in arbitrium collato §. 11.
Vinnius, select. jur. quaest. lib. 2. c. 25. p. 218.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 463.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 787.

Vergl.

Thibaut, System §. 951.
Gans, röm. Erbrecht Bd. 2. S. 160.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1590.
Hufeland, Lehrbuch des Civilr. Bd. 2. §. 1088. Not. a.
Weber, Erläuter. der Pand. §. 1406.

Ueber die Ideen Anderer und die versuchte Erklärung und Vereinigung der drei anscheinend widersprechenden Gesetze, L. 1 pr. D. de leg. II. L. 43. §. 2 D. de leg. I. u. L. 46. §. 2 D. de fideicomm. libert. 40, 5, siehe Testamente, Inhalt derselben, — die Willenserklärung Contr. 1 und Note * das.

Präjudiz 1.

Wenn ein Erbe angewiesen ist, eine bestimmte Summe an einen Legatar auszuzahlen, ihm aber dabei das Testament die Wahl läßt, ob er die Leistung in baarem Geld oder in Staatspapieren und sonstigen Schuldurkunden machen will: so kann dem Legatar die Annahme von Papieren, welche einen von ihrem Nennwerth verschiedenen Curs haben, nur zum Curs zugemuthet werden.

Erk. des OHG. zu Mannheim.
Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 351.

Präjudiz 2.

Bei

Geiger u. Glück, merkw. Rechtsf. Bd. 3. S. 28.

findet sich folgender Fall: A vermacht dem B 1000 Thlr. von dem künftigen Verkaufserlös seines Hauses, jedoch nur auf den Fall, wenn seine Erben den Verkauf ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käufer finden sollte. Würde aber — heißt es weiter — der Legatar die Erben zum Verkaufe des Hauses nöthigen wollen, so solle er des Legats verlustig sein. Nun starben die Erben, ohne den Verkauf des Hauses ihrer Convenienz gemäß gefunden zu haben, und der Legatar glaubte nunmehr deren Erben zum Verkauf und zur sofortigen Entrichtung des Legats anhalten zu können. Für seine Intention schien zwar der Grundsatz zu sprechen, daß Vermächtnisse nach der Billigkeit und so erklärt werden sollen, daß die Absicht des Testators nicht vereitelt werde, mithin hier kein solcher Sinn anzunehmen sei, nach welchem das Legat in infinitum verweigert werden könnte, viel-

mehr die Beschränkung des Legatanspruchs zu Gunsten der Erben mit deren Tode von selbst wegfalle, da ihre Convenienz für die Beibehaltung nicht über ihr Leben hinausdauern konnte, wie auch L. 11. § 6 D. de leg. III. sagt: legatum: cui voluerit tractum habet, quamdia vivet is, a quo fideicommissum relictum est, cf. L. 41. §. 13 D. de leg. III. Demungeachtet wurde gegen den Legatar resolvirt. Das Legat wurde nämlich als in merum arbitrium haredis gestellt betrachtet (siehe Walch, de legato heredis in arbitrium collato) und die Bedingung für deficirt angenommen, weil die Erben den Verkauf nicht ihrer Convenienz gemäß gefunden hatten, sich auch kein annehmlicher Käufer zum Hause gefunden hatte, jede Bedingung aber in der Person in Erfüllung kommen muß, auf welche sie gestellt ist, wenn nicht die Gesetze eine besondere Ausnahme machen, L. 29 pr. L. 44. L. 51. §. 1. L. 91 D. de cond. et demonstr. 35, 1, allenfalls aber auch auf die Erbeserben die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Legats nur unter derselben Bedingung übergehen konnte, unter welcher ihre Erblasser dazu verpflichtet waren. Die L. 11. §. 6 cit. konnte aber um deswillen nicht entgegenstehen, weil darin von einem solchen Falle die Rede ist, wo nicht die Bedingung des Vermächtnisses, sondern bloß die Zeit der Ablieferung dem Willen des Erben überlassen war.

VI.

Ist eine Sache zwei Personen vermacht, so bekommt im Zweifel ein Jeder die Hälfte; ist aber die Sache dem Einen ganz, dem Andern nur zum Theil vermacht, so streitet man, wie viel dann ein Jeder erhalte.

Einige unterscheiden, ob die zweite Disposition unmittelbar auf die erste gefolgt oder durch anderweite Dispositionen von derselben getrennt sei, und nehmen im letztern Falle eine Willensänderung, d. h. eine Ademtion an, arg. L. 89 D. de condit. et demonstr. 5, 1.

Mantica, de conjecturis ult. voluntatum lib. 12. tit. 4. Nro. 10.
Schrader, civil. Abhandl. S. 244.
Giphanius, explanatio diffic. et celebr. leg. C. ad VI. 7. c. 23.

Andere meinen, der mit der ganzen Sache Bedachte erhalte in dem angegebenen Falle nur das, was der Andere nach Abzug des ihm vermachten Theiles der Sache übrig lasse, L. 1 pr. D. de auro leg. 34, 2. L. 33 D. de leg. I.

Schweppe, röm P.-R. §. 893.
Schwickart in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 365—372.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 789.

Präjudiz 1.

Die römischen Juristen gingen nach den in den Pandekten aufgenommenen Stellen von den allgemeinen Grundsätzen aus: „nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priori (voluntate) ei recedere non liceat“, und „ea, quae postea geruntur, prioribus derogant“, aber „suprema voluntas potior habetur“.

Das ist klar und deutlich ausgesprochen in

L. 6. §. 2 D. de jure codicill.

wo für die Giltigkeit eines nach dem Testamente errichteten Codicills, das der Testirer weder eigenhändig unterschrieben, noch besiegelt hat, entschieden wird, obgleich im Testamente von ihm gesagt war: ut non alios valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, ferner in

L. 89 pr. D. de legatis II.,

wo ein nicht versiegeltes Codicill für rechtsbeständig erklärt wird, obgleich der Testirer im Testamente gesagt hatte, daß, wenn er etwas versiegelt hinterlassen würde, dieses als Codicill gelten sollte, wenn nur sonst in Gewißheit beruhet, daß der Testirer der wirkliche Urheber des Codicills sei (si fides epistolae constaret). Diesen Aussprüchen stehet

L. 22 D. de legatis III.

nicht entgegen.

Ist einer und derselben Person von dem Testator mehrmals legirt worden, so entstehet die Frage, welche Willensmeinung gelten solle, ob die erste oder die zweite? und der Jurist entscheidet für letztere mit den Worten: suprema voluntas potior habetur. Die folgenden Worte: sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris sibi (se) voluntatis poenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata acciperet, als welche von mehren Auslegern für ein Einschiebsel Tribonian's erklärt werden, scheinen zwar anzudeuten, als ob ein bloß factisches Abweichen von der frühern Willensmeinung nicht genüge, sondern ein ausdrücklicher Widerruf des Letzteren hinzukommen müsse; allein es ist bereits von Andern bemerkt worden,

Jac. Cujacius, obs. lib. 14 cap. 7.
Joh. Finestres, Comment. ad Hermogen. juris epitom. T. 2. pag. 769.
Joh. Voet, Comment ad P. tit. de injusto, rupto, irrito testam. §. 10. pag. 243. T 2. ed. Colon.

daß jede Thatsache, woraus auf die Absicht des Testators, von der ersten Willensmeinung abzugehen, mit Sicherheit geschlossen werden könne, hinreichend sei, wenn auch ein ausdrücklicher Widerruf nicht erklärt worden. Dies entspricht auch dem allgemeinen Grundsatze, daß dem tacito eadem vis zuzuschreiben sei, als dem expresso, wie denn in den Worten sed hoc ita etc. mehr eine Erläuterung des vorausgehenden sciens, als eine Vorschrift, daß nur ein ausdrücklicher Widerruf die frühere Willensmeinung aufzuheben geeignet sei, enthalten ist.

Nimmt man indeß auch an, daß diese letztere Gesetzstelle sich nur auf die Auslegung eines letzten Willens beziehe, nicht auf die giltige Kraft desselben, selbige daher auf die Fälle in

L. 6. §. 2 D. de jure codic. und
L. 89 pr. de legatis II.

gar nicht anzuwenden sei, mithin schon in der Errichtung eines spätern letzten Willens ohne Weiteres die Zurücknahme des früheren liege, und es einer besonderen Nachweisung der scientia ebensowenig, als einer ausdrücklichen Erklärung des Widerrufs bedürfe: so war doch in vorliegendem Falle die scientia auf Seiten des Testirers wirklich vorhanden gewesen.

Der in den soeben angezogenen beiden Gesetzstellen ausgedrückte Grundsatz wird durch

L. 14 pr. und §. 1 D. de legatis I.

nicht betroffen, indem hierinnen nicht von einer Aenderung der früher erklärten Willensmeinung, sondern von einer in demselben Testamente, worinnen einer Person doppelte Vermächtnisse ausgesetzt sind, im Voraus ausgesprochenen ademtio legati die Rede ist, deren Kraft auch Papinian nicht bezweifelt; derselbe fügt vielmehr nur den Fall hinzu, wo der Testirer nicht gerade im Voraus, sondern erst nach Aenderung der Legate und am Schlusse des Testaments (post impletum testamentum) den Zusatz: si cui legavero bis, semel ei dato vel ut semel ei debeatur, gemacht hat (subjecit).

Erk. des OAG. zu Dresden vom 30. Mai 1839, in Sachen Schubertin u. Cons. c. Eltz.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen. N. F. Bd. 3. Nr. 18. S. 284 f.

VII.

Legate von dem Commercium gänzlich entzogenen Sachen sind ungiltig; wenn aber eine Sache nicht allgemein dem Verkehr entzogen ist, dem Legatar aber das Commercium in Ansehung der vermachten Sache fehlt, so streitet man, ob das Legat giltig sei.

Einige meinen, solches Legat sei stets ungiltig.

Heineccius in elem. jur. civ. T. 5. §. 128.
E. Otto ad §. 4 Inst. de legat.
Cocceji, jur. civ. contr. lib. 30. p. 512.
Struv, synt. jur. civ. exerc. 35. th. 11.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. 2. c. 4 §. 40.

Andere meinen, der Legatar könne in solchem Falle

wenn auch nicht die Sache, so doch deren Werth fordern, L. 40. L. 114. §. 5 D. de legat. I. L. 11. §. 10 D. de legat. III.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 543.
Schweppe, röm. P.-R. §. 887.
Höpfner, Institut. §. 560.
Duarenus ad L. 40 D. de legat. I.
M. Lyclama, membr. lib. 6. ecl. 32.
Müller ad Leyser, med. obs. 593.
Püttmann, de legato rei, cujus commercio legatarius destituitur, in advers. jur. lib. 1. c. 3.
Lauterbach, coll. th. pr. P. lib. 30. §. 18.

Andere meinen, wenigstens dann sei das Legat wirksam, wenn die Sache von dem Legatar wegen körperlicher oder geistiger Fehler oder persönlicher Hindernisse nicht besessen werden dürfe.

Corn. von Eck ad tit. D. de leg. et fid. §. 18.

Andere halten die L. 40 D. de leg. II. mit der L. 49. §. 2 eod. im Widerspruche und suchen durch Emendation des Textes zu helfen, indem sie das zweite non in der L. 40 cit. — cui jus possidendi non est — ausstreichen,

Cujacius ad §. 4 Inst. de legat.

oder statt non — modo lesen.

Cannegieter ad Ulp. p. 111.

Andere meinen, im Allgemeinen sei das Legat einer Sache, deren Commercium für den Legatar nicht bestehen könne, obwohl solche nicht im Allgemeinen dem Verkehr entzogen sei, ungiltig; jedoch werde in solchem Falle dem Legatar ein Anspruch auf den Werth der Sache beigelegt, wenn die vermachte Sache eine fremde sei, und ein Gleiches werde auch dann angenommen, wenn dem Legatar nur aus zufälligen factischen Gründen, nicht kraft eines eigentlich gesetzlichen Verbots, der Erwerb der vermachten Sache unmöglich sei, L. 114. §. 5 D. de leg. I.

Joh. C. Ch. Glück ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus V. ad leg. Jul. et Pap. quod extat in L. 49. §. 2 D. de leg. II. (1817).
Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1. S. 224.
v. Vangerow, Pand. §. 525.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 294.
Puchta, Lehrbuch §. 522.
Mackeldey, Lehrbuch §. 708.
Thibaut, System §. 901.

Andere suchen durch Interpretation zu helfen, indem ein Unterschied bestehe zwischen jus possidendi non habere der L. 40 cit. und commercium non habere der L. 49 cit.,

Donellus, Comm. ad L. 34 de verb. obl. Nro. 8.

oder wonach Paulus in L. 49 cit. das Recht der Legate, Ulpian aber in L. 10 das Recht der Fideicommisse angegeben habe, wonach dann das praktische Ergebniß sein würde, daß nach der Justinianischen exaequatio legator. et fideicomm. das letztere Recht das allgemein geltende sein und also der Legatar allgemein befugt sein würde, die aestimatio zu fordern.

Duarenus ad P. tit. de legat. ad L. 40 de leg. I. und die oben Allegirten.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 523.

VIII.

Wenn Jemandem eine specielle Sache legirt ist (s. auch legatum speciei Contr. 1. Not. *), welche im Augenblicke der Testamentserrichtung dem Legatar eigenthümlich gehörte, so ist das Vermächtniß ungiltig, und kann (regula Catoniana) dadurch nicht giltig werden, daß die Sache bei Lebzeiten des Testators vom Legatar veräußert wird (§. 10 Inst. de leg. 2, 20. L. 41. §. 2 D. de leg. I. L. 13 C. de leg. 6, 37).

Streitig ist aber, wie mit diesen Regeln die L. 1. §. 2 D. de reg. Caton. 34, 7 *) zu vereinigen sei.

Einige meinen, dieses Gesetz stehe mit den obigen allgemeinen Vorschriften in einem unauflöslichen Widerspruche.

Cujacius ad Inst. 2. 20 verb.: „alienaverit" in opp. 8. p. 997.
Göschen, Vorlesungen Bd. 3. §. 1013.

Andere meinen, die Worte in der L. 1. §. 2 cit.: si vivo testatore alienaveris, seien als eine Bedingung, welche der Testator selbst dem Legate setzte, aufzufassen, so daß also der Nachsatz erst mit den Worten: „legatum tibi debetur" beginne. Gerade bei dieser Bedingung nämlich: si vivo testatore rem alienaveris hätten Zweifel entstehen können, ob dadurch die Rechtsbeständigkeit des Legats gesichert werde. Wenn man nämlich die regula Catoniana ganz wörtlich zur Anwendung bringen wollte, so hätte die Ungiltigkeit des Legats behauptet werden müssen, weil, wenn der Erblasser sogleich nach Errichtung des Testaments verstorben wäre, jene Bedingung deficirt und also das Legat unwirksam gewesen sein würde. Aber die L. 1. §. 2 cit. erkläre doch dem Geiste der regula Catoniana gemäß sich für die Aufrechthaltung, und zwar solle dies ein zweites Beispiel — das erstere komme in §. 1 vor — für den in princ. hujus leg. aufgestellten Satz sein, daß die regula Catoniana in quibusdam falsa est.

Harnier, de reg. Caton. p. 72.
Arndts im Rhein. Museum Bd. 5. S. 207.
v. Vangerow, Pand. §. 525. Not. 2 und die meisten Lehrbücher.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 830.

IX.

Von obiger Regel, Contr. 8, daß das Legat einer im Eigenthum des Legatars stehenden Sache ungiltig sei, kommen Modificationen vor.

Streitig ist, ob die Bedingung: si vivo testatore rem alienaverit (cf. L. 1. §. 2 D. de reg. Cat.) die einzige zulässige Bedingung sei.

Einige meinen, daß das Legat ausnahmsweise wirksam bleibe, wenn es unter der Bedingung einer erfolgenden Veräußerung vermacht sei, L. 1. §. 2 de reg. Caton. u. L. 98 D. de condit. et demonstr. 35, 1.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 456
Thibaut, System §. 903.
Mühlenbruch, Lehrbuch §. 841. Not y.

Andere meinen, die Ausnahme sei allgemeiner zu fassen; das Legat solle nämlich vollkommen giltig sein, wenn es unter einer Bedingung hinterlassen, und im Augenblick der Erfüllung derselben die legirte Sache

*) L. 1. §. 2 de reg. Caton.: Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.

veräußert worden ist, — quia regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet, L. 41. §. 2 D. de leg. I. L. 98 de condit. et demonstr. 35, 1, u. nach L. 1. §. 2 de reg. Caton. könne sogar die Bedingung: si vivo testatore rem alienaverit beigefügt werden.

v. Vangerow, Pand. §. 525. Not. 2.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 830.

Präjudiz 1.

Ein Erk. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 1. Aug. 1848, in S. Könnecke c. Reddecke, sprach aus:

Es steht fest, daß der Schwiegervater des Klägers, der Großvater seiner Tochter, der Vater, resp. Großvater der Verklagten, weiland Halbspänner Christoph Könnecke, mit seinem Bruder, Heinrich Könnecke, einen Vertrag dahin abgeschlossen hat, daß, falls dieser ohne Kinder versterben würde, ihm oder seinen Kindern 1000 Thlr. aus dessen Nachlasse ausgezahlt werden sollen, daß Christoph Könnecke im Jahre 1826 mit Hinterlassung eines von den Erben anerkannten und befolgten Testaments gestorben ist, in welchem er die von seinem Bruder Heinrich für den Fall eines kinderlosen Ablebens vertragsmäßig zugesicherten 1000 Thlr. dem im Laufe des Processes verstorbenen Heinrich Christoph und dem Mitverklagten Franz Könnecke sowie seiner Tochter, der nachher verstorbenen Ehefrau des Klägers und Mutter seiner Tochter, überwiesen, seinen Sohn Conrad von diesen 1000 Thlr. in Folge anderweiter Entschädigung ausgeschlossen und seinen Erben die Befolgung seines letzten Willens unter Androhung der Herabsetzung ihres Erbtheils auf den Pflichttheil anbefohlen hat, daß die drei ursprünglichen Verklagten nach dem im Jahre 1837 erfolgten Tode ihres Oheims Heinrich von dessen Wittwe und Erben die vertragsmäßig ihrem Vater oder dessen Kindern zugesicherten 1000 Thlr. sammt Zinsen ausgeklagt, sich jedoch laut Protocolls vom 6. April 1841 gegen den Verklagten in Vertretung seiner Tochter solidarisch verpflichtet haben, daß, falls dieser für seine Tochter Ansprüche an den von der Wittwe Könnecke ausgeklagten und ausgezahlten 1000 Thlr. sammt Zinsen erstreiten sollte, sie derselben deren Antheil sammt Zinsen herauszahlen wollten.

Das Erkenntniß des OLG. bemerkt nun:

Nach den klaren Worten und Sinne des zwischen den Brüdern Heinrich und Christoph Könnecke geschlossenen Vertrags kann darüber kein Zweifel sein, daß der Christoph Könnecke die ihm von seinem Bruder zugesicherten 1000 Thlr. bei seinem Tode — eben weil sein Bruder Heinrich ihn überlebt hat — überall nicht erworben hatte, dieselben mithin als Bestandtheil seines eigenen Vermögens nicht angesehen werden können; vielmehr waren dieselben ein Gegenstand, auf dessen Erwerb seine Kinder eine durch den Vertrag begründete Hoffnung hatten, deren Realisirung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge wahrscheinlich war. Nach

§. 5 Inst. de obl. quae quasi ex contr. 3, 28.
§. 1 Inst. de sing. reb. per fideicomm. 2, 24.
L. 25 C. de fideicomm. 6, 42.
L. 67. §. 8. L. 70. §. 2. L. 77. §. 31 D. de leg II.
L. 114. §. 1 D. de legat. I.

war Christoph Könnecke unter der unbestrittenen Voraussetzung, daß seine Kinder seine Erben und durch das von ihm ihnen letztwillig Zugewandte entschädigt werden würden, befugt, über ein seinen Kindern selbst zustehendes oder erst künftig anfallendes Recht in seinem Testamente eine von diesen als seinen Erben anzuerkennende und zu befolgende Verfügung zu treffen. Ein Ausnahmefall, in welchem die Verklagten die Disposition ihres Erblassers über ihnen selbst zugefallene Rechte nicht anzuerkennen hätten, liegt nicht vor. Es ist daher die auf die Verpflichtung der Verklagten als testamentarische Erben des Christoph Könnecke gestützte Hauptklage als rechtlich begründet und liquide zu halten, und die Ansicht der sententia a qua, daß der Erblasser der Verklagten über ein seinen Kindern selbst zustehendes und erst von diesen zu erwerbendes Recht nicht giltig hätte disponiren können, steht im Widerspruch mit den citirten Gesetzen.

Allein es würde auch die eventuelle Klage für begründet erachtet werden müssen, da nicht abzusehen ist, warum hier, wo der Erblasser der Parteien für sich oder seine Kinder von seinem Bruder Heinrich für den Fall des kinderlosen Ablebens desselben 1000 Thlr. ausbedang, nicht die gesetzliche Regel sollte Geltung finden, daß unter dem Worte Kinder nicht bloß Descendenten ersten Grades, sondern Descendenten überhaupt im Zweifel zu verstehen seien,

L. 84. L. 220 pr. D. de verb. sign. 50, 16.

indem die Absicht der Paciscenten augenfällig dahin ging, der von Christoph Könnecke abstammenden Familie, wenn Heinrich Könnecke selbst Kinder nicht hinterlassen sollte, Vortheile zu sichern, und ein Grund, diese Absicht auf die unmittelbaren Descendenten zu beschränken, nicht erfindlich ist.

Das OAG. bestätigte dieses Erkenntniß durch Bescheid vom 3. Juli 1849.

Gründe.

die Hauptklage betreffend.

In Folge der Erwerbung der Erbschaft ist der Erbe, wie überhaupt zur Erfüllung der nicht rechtswidrigen letztwilligen Dispositionen des Erblassers, so auch insbesondere zur Entrichtung der rechtsgiltig angeordneten Vermächtnisse verpflichtet.

Nov. 1. c. 1 pr.

Es steht nun aber dem Verklagten frei, sowohl eigene Sachen und Forderungen als fremde, namentlich diejenigen des Honorirten, zum Gegenstande eines Vermächtnisses zu machen

§. 1 Inst. de sing. reb. per fideicomm. rel. 2, 24.
L. 39. §. 7 D. de leg. I. (30.)
L. 25 C. de fideicomm. 6, 42

Und wenn zur Giltigkeit eines Vermächtnisses einer fremden Sache erforderlich ist, daß der Testator es gewußt habe, daß die Sache eine fremde sei,

§. 4 Inst. de leg. 2, 20.
L. 67. §. 8 D. de leg. II. (31.)
L. 21 D. de prob. 22, 3.

oder daß, wenn er sich irrig für den Eigenthümer der fremden Sache hielt, er diese einer ihm nahe verbundenen Person vermachte,

L. 10 D. de auro leg. 34, 2.
L. 10 C. de leg. 6, 37.
L. 72 D. ad SC. Trebell. 36, 1.

so treffen im vorliegenden Falle diese Erforderniße beide zu. Denn

a) daß der Testator Johann Christoph Könnecke Kenntniß davon gehabt haben muß, daß er selbst nur ein eventuelles Anrecht auf die fraglichen 1000 Thlr. hatte, nämlich wenn er seinen Bruder Johann Heinrich Conrad Könnecke überlebte, daß hingegen, wenn dieser der Längstlebende war, das Anrecht auf seine, des Testators, Kinder überging, — ist nicht bloß aus dem Inhalte des Erbvertrags, sondern auch aus der Ehestiftung des Testators vom 3. Juli 1794 und aus der Ehestiftung des Joh. H. Könnecke vom 3. Juli 1797 abzunehmen;

b) gehört aber auch die Vermächtnißnehmerin als Tochter des Testators offenbar zu den demselben nahe verbundenen Personen, deren die allegirte

L. 10 C. de leg.

gedenkt.

Auch zukünftige Sachen und bedingte Forderungen können giltig vermacht werden, wobei denn die Wirksamkeit der Disposition von der Entstehung der Sache und dem Eintritte der Bedingung abhängig ist.

L. 19. §. 3 u. 4. L. 25. §. 1 D. quando dies leg. ced. 36, 2.
§. 7 Inst. de legat. 2, 20.
L. 24 pr. D. de leg. I.
L. 17 pr. D. de leg. III.
L. 7. §. 3 D. de condit. et dem. 35, 1.

Im gegenwärtigen Falle war nun die legirte Forderung allerdings eine bedingte, weil sie nicht anders zur Existenz kommen konnte, als wenn Joh. Heinr. Conr. Könnecke vor dem Testator Joh. Christoph Könnecke oder dessen Kindern mit Tode abging. Auch ist die Vermächtnißnehmerin Anna Maria Könnecke, nachher verehelichte Reddecke, im Jahre 1835, also zwar nach dem im Mai 1826 erfolgten Tode des Testators, aber noch vor dem erst im Jahre 1837 eingetretenen Tode des Joh. Heinr. Conrad Könnecke verstorben, und es ist gewiß, daß unter einer Bedingung gegebene Legate nicht sofort mit dem

Tode des Testators, sondern erst mit dem Eintritte der Bedingung dem Legatar erworben werden, und auf die Erben desselben nur übergehen, wenn er die Erfüllung der Bedingung erlebt hat

Allein von dem Rechte des Vermächtnisses ist das Recht, welches den Inhalt des Vermächtnisses ausmacht, und somit der Erwerb des Vermächtnisses von dem Erwerbe des vermachten Rechts wohl zu unterscheiden,

L. 19 D. de hered. vel act. vend. 18, 4.

und im vorliegenden Falle ist das Vermächtniß selbst von dem Eintritte einer Bedingung nicht abhängig gemacht; nicht das Vermächtniß, sondern das vermachte Recht (nomen legatum) war ein bedingtes. Es konnte mithin die nicht mit der Anordnung des Legats, sondern nur mit dessen Gegenstande oder Inhalte in Verbindung stehende Bedingung den Erwerb des Legats nicht hindern, wie denn überhaupt sich von selbst verstehende (unächte) Bedingungen den Zeitpunkt des Erwerbs des Legats nicht aufschieben,

L. 7. §. 5. L. 22. §. 1 D quand. dies leg. 36, 2.

L. 5. §. 3 u. 4 D. eod.

und Vermächtnisse, deren Bestehen von Ereignissen abhängt, welche nicht auf der Anordnung des Testators beruhen, sondern in der Natur der Sache und dem Rechtsverhältnisse begründet sind (conditiones tacitae, quae vi ipsa insunt), als unbedingte anzusehen sind und auf die Erben des Legatars transmittirt werden, wenn gleich dieser vor der Existenz jener Ereignisse verstorben sein sollte,

L. 99 D. de cond. at demonstr. 35, 1.

L. 6. §. 1. L. 25. §. 1 D. quando dies leg. 36, 2.

Da diesemnach die Beklagten als Erben des Testators verpflichtet waren, in Gemäßheit und zur Ausführung der testamentarischen Bestimmung desselben der Vermächtnißnehmerin den ihr legirten dritten Theil der fraglichen Forderung abzutreten,

L. 44. §. 6. L. 75. §. 2 D. de leg. I.

§. 21 Inst. de leg. 2, 20.

L. 18 C. eod. 6, 37.

sie aber die ganze Forderung eingeklagt und realisirt haben: so sind sie jenen Antheil, welcher auf die Erben der Vermächtnißnehmerin transferirt worden ist, diesen herauszugeben den Rechten nach schuldig,

L. 23. § 1 D. de hered. vel act. vend. 18, 4.

wozu die Beklagten sich überdies für den Fall des Obsiegs des Klägers durch die laut Protocolls des herzogl. Kreisgerichts vom 6. April 1841 geleistete Verbalcaution anheischig gemacht haben.

Die eventuelle Klage und die in Beziehung auf dieselbe erhobene Beschwerde bedarf nach der obigen, die Hauptklage und die rücksichtlich derselben von den Beklagten geführte Beschwerde betreffenden Entscheidung einer weiteren Prüfung nicht.

Präjudiz 2.

In einer gegebenen Rechtssache wurde die Frage angeregt, ob die Bestimmung des

fr. 67. §. 8 de legat. II. (31.):

> daß es bei dem legatum rei heredis nicht darauf ankomme, ob der Testator gewußt habe, daß die legirte Sache ihm nicht gehöre,

auch auf den Fall anzuwenden sei, wenn der Honorirte ebenfalls zum Erben eingesetzt worden. Es wurde behauptet, für diesen Fall müsse es bei der Regel bleiben, wonach zu der Giltigkeit eines legatum rei alienae jene Wissenschaft des Testators erfordert werde. Die hier versuchte Beschränkung der Anwendbarkeit des

fr. 67. §. 8 cit.

ist aber eben so sehr den ganz allgemeinen Worten dieses Gesetzes, als dem Grunde der darin enthaltenen Bestimmung zuwider; denn der letztere besteht darin, daß bei dem legatum rei heredis die Erfüllung der Verordnung für den oneratus weniger schwierig ist, weil er die Sache schon hat und nicht erst zu kaufen braucht, weshalb denn auf die Person des honoratus gar nichts ankommen kann.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30. Nov. 1835, in S. Wedemeyer c. Lameyer, Nachlaßtheilung betr.

Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 39.

X.

Streitig ist dabei ferner, ob das Legat einer eigenen Sache des Legatars giltig sei, wenn dingliche Rechte daran nicht dem Testatar, sondern einem Dritten zustehen, L. 66. §. 6 de legat. II., vergl. mit L. 86 pr. de legat. I. u. L. 43. §. 3 eod.*)

Einige meinen, die letzten Worte der L. 66 cit., namentlich die „istae causae" könnten nicht auf die vorher erwähnten Prädialservituten bezogen werden, vielmehr sei die Auslegung: daß ein Vermächtniß der eigenen Sachen des Legatars deshalb nicht giltig werden könne, weil einem Dritten ein Nießbrauchs-, Pfand- oder Besitzrecht zustehe, mit anderen Worten: daß dem Erben nicht die Verbindlichkeit obliege, dergleichen Rechte abzulösen, sondern, daß das Legat ganz wirkungslos sei. Es sei nun das Natürlichste, die L. 66 cit. so aufzufassen, daß jene Gründe allein nicht hinreichten, um ein solches Legat der eigenen Sache giltig zu machen, so daß also der Erbe keineswegs schon deshalb, weil ein Dritter ein dingliches Recht auf eine solche Sache hat, abzulösen verpflichtet sei. Damit könne aber nicht ausgeschlossen sein, daß dann, wenn ein gerade auf Ablösung eines solchen Rechts gerichteter Wille angenommen werden könne — z. B. wenn der Erblasser mit der Existenz solcher Rechte bekannt war —, das Legat insoweit giltig sei, daß der Erbe zur Ablösung jener Rechte, und falls solches nicht thunlich sei, zur Leistung der aestimatio verpflichtet werde. Hierauf bezögen sich die L. 86 u. L. 43 cit. Bei der L. 43 cit. sei jene Voraussetzung augenscheinlich begründet; denn wenn ein redemtus sich selbst vermacht wird, so gehe daraus hervor, daß dem Testator das Verhältniß desselben nicht unbekannt gewesen, und bei der L. 86 cit. liege jene Voraussetzung wenigstens sehr nahe; denn wenn ein Sklave in ein Faustpfand und also in den Besitz eines Dritten gegeben war, so könne daraus wohl auf eine Wissenschaft des Testators geschlossen werden, was bei der Verpfändung einer Immobilie — wovon L. 66 cit. rede — nicht der Fall sei.

v. Vangerow, Pand. §. 525. Not. 2.

Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 2. S. 162.

Andere supponiren bei der L. 43 cit., daß hier gerade der Testator den Legatar losgekauft, und dadurch

*) L. 66. §. 6 cit.:

Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede, ususfructus enim, etsi in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia, si fundus pignori datus sit, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Si autem res mea legatur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

L. 86 cit.:

Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.

L. 43. § 3 cit.:

Qui ab hostibus redemtus est, legari sibi poterit et proficit legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.

eine Art Pfandrecht an seiner Person erworben hätte.

Westphal, Vermächtnisse Bd. 1. §. 244.

Andere suchen durch Emendation zu helfen, und lesen in den Schlußworten der L. 66 cit. statt propter istas causas vielmehr praeter istas causas.

Cujacius in lib. XVII quaest. Pap. ad L. 66. §. 6 de leg. II. (opp. IV. p. 453).
Donellus, Comm. jur. civ. lib. 8. cap. 11. §. 25.

Vergl. dagegen

Gothofredus, animadvers. jur. civ. cap. 20.
Joh. Steckius, vindicationes legum antichriticae c. 20 (bei Otto I. pag. 531).

Präjudiz 1.

Die Stellen des römischen Rechts, worin gesagt wird, daß, wenn dem Testator an einer Sache nur ein gewisser Antheil zustand, und er diese Sache den Worten nach ganz legirt hat, das Legat nur in seinem eigenen Antheil bestehe,

fr. 5. §. 2. fr. 71. §. 6 de legat. I. (30.)
fr. 30. §. 4 de legat. III. (32.)
fr. 24 de instruct. vel instrum. leg. 33, 7.

enthalten bloß eine Interpretationsregel über die muthmaßliche Absicht des Testirers, wie solche namentlich aus dem

fr. 30 cit.

klar hervorgeht, und finden daher keine Anwendung in einem Falle, wo dessen Absicht, wirklich die ganze Sache vermachen zu wollen, gewiß ist.

Vinnius, select. quaest. lib. 2. cap. 26.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30. Nov. 1835, in S. Weremeyer c. Lameyer, Nachlaßtheilung betr.
Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 40.

XI.

Streitig ist, ob dem Onerirten oder dem Legatar die Ablösungsverbindlichkeit obliege, wenn eine verpfändete Sache vermacht ist, §. 5 Inst. de legat. L. 6 C. de fideicomm. 6, 42, vergl. mit L. 57 de legat. I.

Einige meinen, wenn der Erblasser dieses Verhältniß gekannt habe, so müsse der Erbe die legirte Sache frei machen; habe er es nicht gekannt, so erwerbe der Legatar die Sache so wie sie war — wobei anzunehmen sei, daß bei personis conjunctis eine Ausnahme stattfinde. Die Sache könne aber auch einen die Lasten übersteigenden Werth haben, und dann gingen die an der Sache klebenden Verbindlichkeiten auf den Legatar über, wenn nicht eine andere Absicht des Testators ersichtlich sei. Ob die Sache vor oder nach Errichtung des letzten Willens verpfändet sei, begründe keinen Unterschied.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 821 f.
Müller ad Leyser. obs. 611.

Andere meinen, von einem erst nach Anordnung des Vermächtnisses aufgelegten Pfandrechte müsse der Onerirte die Sache befreien; wenn sie bei Errichtung des letzten Willens schon verpfändet gewesen sei und der Testator habe dies gewußt, so müsse er sie ebenfalls befreien; habe er von dem Pfandrechte nichts gewußt, so könne dem Erben deren Befreiung nicht auferlegt werden, sofern nicht vom Honorirten bewiesen werde, der Testirer habe die bestimmte Absicht gehabt, ihm die von fremdem Rechte freie Sache zu vermachen.

Schweppe, röm. P.-R. §. 899. S. 307. Not. 6.

Andere meinen, wenn die Sache an Dritte verpfändet war, so habe der Erbe, wenn dem Testator dies bekannt gewesen sei und darüber von ihm im Besonderen nichts verfügt worden, sie auszulösen.

Sintenis, Civilr. §. 217. S. 758.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 523.
Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. 15. S. 393 f.

Andere wollen die Worte der L. 57 de legat. I.: vel potest aliquid esse superfluum aere alieno auf eine besondere Bestimmung über die Einlösungsverbindlichkeit beziehen, und differiren darüber, worin solche bestehen solle.

So meinen Einige, auch wenn der Testator die Verpfändung nicht gekannt habe, so liege dennoch die Einlösungsverbindlichkeit dem Erben ob, falls der Werth der Sache nicht mehr als die Schuld betrage, folglich dem Legatar, wenn er sie einlösen müßte, nichts übrig bleibe.

Glossa Accursia zu L. 57 D. de leg. I.
Vinnius ad §. 5 Inst. de legat. Nro. 2.
J. de Water, obs. jur. Rom. lib. 2. c. 13. §. 183.

Andere nehmen umgekehrt an, daß, wenngleich dem Testirer der Pfandnexus bekannt gewesen sei, doch allemal der Honorirte die Ablösung bewirken müsse, sobald ihm ein Ueberschuß verbleibe.

Cujacius, Comment. in L. 57 D. de leg. I. (opp. pr. ed. Par. T. IV. p. 1113.)

Andere verstehen die Worte der L. 57 cit.: vel potest etc. dahin: der Honorirte dürfe jedenfalls nur soviel, als der Werth der Sache betrage, von der Schuld übernehmen; was alsdann noch zu zahlen sei, müsse von dem Erben entrichtet werden.

Donellus, Comment. de jur. civ. lib. 8. cap. 19 §. 31.
Heineccius in den Anmerkungen zu Vinnius ad §. 5 Inst. de legat. Nro. 2.

Andere meinen, daß die Wirkung des legatum rei alienae und die des legatum rei obligatae gleich seien. Sowie nun das legatum rei alienae gar nicht gelte, wenn der Testator die Sache für die seinige gehalten, so verhalte es sich auch mit dem Vermächtnisse einer ohne des Testirers Wissen im Pfandnexus befangenen Sache. Dies Vermächtniß nämlich sei unwirksam, außer a) wenn der Testirer erweislich in jedem Falle diese oder eine andere Sache vermacht haben würde, oder b) soweit nach getilgter Schuld für denselben etwas übrig bleibe.

E. Varo in Comment. ad Inst. p. 249.

Vergl. über die L. 57 cit.

Westphal, von Vermächtnissen Bd. 1. §. 288
Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. 15. S. 393 f.
Braun, Dictate zu §. 759.

XII.

Streitig ist, inwieweit auch ein Pupillarsubstitut mit Legaten onerirt werden könne.

Einige meinen, wenn der Vater den Pupillen zum Erben eingesetzt habe, so werde der Substitut wirksam onerirt, aber auch nicht weiter, als die väterliche Erbschaft (oder die dem Pupillen hinterlassene Quote der väterlichen Erbschaft) im Augenblick des Todes des Erblassers, nach Abzug der quarta Falcidia, reiche, L. 11. §. 5—7. L. 79. L. 80. L. 87. §. 7 ad leg. Falcid. 35, 2. L. 1. §. 3

si cui plus quam per leg. Falcid. 35, 3. und so könne es kommen, daß der Pupillarsubstitut nichts aus der väterlichen Erbschaft lucrire, ja sogar noch ex propriis (oder aus der Pupillarerbschaft) die Legatare befriedigen müsse, wenn sich nämlich die väterliche Erbschaft von der Todeszeit des Vaters an bis zum Eintritt des Pupillarsubstituten wesentlich verringert habe.

v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 521. Not. 2, vergl. mit §. 535.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 815.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 284 u. 319.

Andere stellen die allgemeine Regel auf, daß der Substitut, wenn der Pupill im väterlichen Testamente eingesetzt sei, die Vermächtnisse erfüllen müsse, auch wenn überhaupt keine Deckung dafür in dem väterlichen Nachlasse gefunden werden sollte.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 40. S. 397.

Vergl. hierüber die genaueren Erörterungen und Widerlegungen bei

v. Vangerow, l. c.

XIII.

Reicht der Nachlaß zur Bestreitung der sämmtlichen Legate nicht hin, und es befindet sich unter den Legaten eines ad pias causas, so streitet man, ob das legatum ad pias causas vorzugsweise zu bezahlen sei, oder ob sämmtliche Legate pro rata verkürzt werden.

Einige meinen, wenn die Masse nicht hinreiche, sämmtliche Legatarien zu befriedigen, so müsse das legatum ad pias causas vor allem aufrecht erhalten und vollkommen erfüllt werden, Nov. 131. c. 12. L. 1. §. 1 C. 6, 43.

Tiraquell, de privil. piae causae.

Andere meinen, wenn mehr vermacht worden, als aus dem Nachlasse geleistet werden könne, so trete auch bei Vermächtnissen ad pias causas die allgemeine Regel ein, daß die Legate der Einzelnen pro rata vermindert werden müßten, L. 80 D. de leg. I. L. 18 D. de test. milit. 29, 1. L. 73. §. fin. ad leg. Falcid. 35, 2.

Böhmer, exercit. ad P. T. 5. exerc. 80.
Mevius, Comment. in jus Lubecense P. 2. tit. 1 art. 7. p. 44
Schirach im civil. Archiv Bd. 2. S. 271.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 790.

Präjudiz 1.

Das holsteinisch-lauenburgische Obergericht zu Glückstadt erkannte im J. 1817 in Sachen die Wendt'sche Nachlaßregulirung betreffend, daß die Legate, namentlich auch die Legate ad pias causas, bei nicht vorhandener hinlänglicher Erbschaftsmasse pro rata zu vermindern seien.

Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 275 f.

XIV.

Streitig ist, welche culpa der Erbe dem Legatar zu prästiren habe.

Einige meinen, der Erbe habe, wofern er nicht in moram gerâth, nicht den Zufall, wohl aber omnem culpam et diligentiam zu prästiren, bei Universalfideicommissen aber nur für dolus und lata culpa einzustehen, §. 16 Inst. 2, 20. L. 47. §. 2. 4 u. 5. L. 53. §. 6. L. 108. §. 12 D. de leg. I.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 523
Höpfner, Institut. §. 952.
Löhr, Theorie der culpa S. 161.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 820.
Sintenis, Civilrecht §. 214. S. 742.

Andere stimmen dieser Ansicht zwar bei, behaupten aber, der Erbe sei dann nur wegen lata culpa verantwortlich, wenn er vom Erblasser keinen bedeutenden Gewinn erhalten habe, L. 108. §. 12 D. de leg. I.,

Thibaut, System §. 910.

Vergl.

Braun, Dictate zu §. 750.

oder wenn ihm nach Entrichtung der Vermächtnisse kein Vortheil übriggeblieben, während er bei Universalfideicommissen diligentiam quam suis rebus prästire.

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 306
Schweppe, röm. P.-R. §. 899.

Vergl. über Prästation der culpa

Schömann, Handb. Bd. 1. S. 339 f.
Hasse, von der culpa S. 492 f.
Müller ad Struv. exerc. 35. th. 21. lit. a.

XV.

Streitig ist, inwiefern der Erbe von den Legaten, deren Genuß ihm an sich nicht gebührt, Zinsen und Früchte zu bezahlen habe.

Einige meinen, diese Pflicht trete im Augenblick des Todes des Erblassers, oder der Erbantretung, oder der agnitio legati, oder der Wissenschaft des Erben ein, L. 23. L. 47 pr. D. de leg. I. L. 38. L. 78. §. 2. L. 83. L. 87. §. 1 D. de leg. II. L. 26 D. de leg. III.

Voet, Comm. ad P. tit. de leg. 1. II. u. III. §. 48
Lauterbach, coll. th. pr. P. tit. de leg. I. II. III. §. 51 u. die Not. z allegirten älteren Schriftsteller.

Andere meinen, die Pflicht, Zinsen und Früchte zu prästiren, werde nach den gewöhnlichen Regeln der mora beurtheilt, L. 3 pr. L. 39. L. 26 D. de leg. III.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 523.
Mühlenbruch, doctr. P. §. 561.
Thibaut im civil. Archiv Bd. 9. S. 89 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 306.
Thibaut, System §. 910.
Sintenis, Civilrecht §. 214. Not. 8.
Roßhirt, Vermächtnisse S. 489.

XVI.

Streitig ist, wann der Legatar Evictionsleistung für die evincirte Sache fordern könne.

Einige meinen, der Erbe hafte dem Legatar der Regel nach nicht für Eviction, ausgenommen bei dem legatum generis, den Vermächtnissen an sehr nahe Verwandte, und wenn Jemandem bloß sein Pflichttheil vermacht ist.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 523.
Schweppe, röm. P.-R. §. 899. S. 308. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 821.

Andere stimmen dieser Ansicht bei, fügen jedoch den Fall hinzu, wenn dem Erblasser die Beschaffenheit der evincirten Sache nicht unbekannt war.

Lauterbach, coll. th. pr. P. 21. 2. §. 16.
Thibaut, System §. 910.

Andere stellen die Regel auf, zur Evictionsleistung sei der Erbe nur dann verpflichtet, wenn er aus einem

genus das Vermächtniß zu entrichten gehabt, und er es gewesen sei, der die Auswahl getroffen hätte, sowie dann, wenn der Erblasser die Evictionsleistung auferlegt habe, welches dann als stillschweigend geschehen angenommen werde, wenn der Honorirte eine nahestehende oder doch eine solche Person sei, welcher der Testator den Gegenstand auf allen Fall zugewendet haben würde, auch wenn er ihm nicht gehörig sein sollte.

Sintenis, Civilr. §. 214. S. 742.

Siehe theilweise hiergegen

Roßhirt, Vermächtnisse S. 496.
Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. 15. S. 394.

B. Widerruf der Vermächtnisse.

I.

Streitig ist, ob und wie viel Zeugen zum Widerrufe eines Vermächtnisses erforderlich sind.

Einige erfordern zwei Zeugen zum mündlichen Widerruf eines Vermächtnisses.

Lauterbach, coll. th. pr. P. lib. 34. tit. 4 §. 5.

Andere verlangen dazu fünf Zeugen.

Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 30.

Andere verlangen keine Form, sondern erfordern nur den Beweis der Reue, L. 27 C. 6, 42. und lassen sogar Vermuthungen gelten.

Stryk, de cautela test. cap. 23 §. 3.
Cocceji, jus civ. controv. lib. 34 tit. 4. qu. 1.
Höpfner, Institut. §. 588. Not. 3 und die daselbst Allegirten.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 866.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 320
Thibaut, System §. 830.
Schweppe, röm. P.-R. §. 912.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 784.
Puchta, Pand. §. 537.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 475.

Präjudiz 1.

Der Klage auf Entrichtung eines Vermächtnisses von 1200 Gulden setzte der verklagte Erbe unter Anderem den Einwand entgegen: das Testament enthalte am Schlusse noch den Vorbehalt, die getroffene Disposition durch eigenhändige und unterschriebene Zettel erweitern und einschränken zu können. Von dieser Befugniß habe der Testator in einer Scriptur Gebrauch gemacht, wonach (zur Berichtigung einer Schuld an den verklagten Erben) an dem ausgesetzten Legate 270 Thlr. in Abzug kommen und dem Verklagten anfallen sollten. Die Angaben dieser Einredehandlung wurden von den Klägern bestritten, und dagegen auch die Formlosigkeit des beigebrachten Zettels, sowie der Umstand geltend gemacht, daß die angebliche Forderung des Erben, zu deren Erfüllung der fragliche Abzug nach dem Vorbringen des Verklagten dienen sollte, jedenfalls in Folge der Erbschaftsantretung durch Confusion erloschen sei. Diese Bedenken gegen die erwähnte Einrede wurden aber nicht für erheblich erachtet. Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Die Einrede des Appellanten stellt sich als rechtlich und factisch begründet dar. Bei einer ademtio legati bedarf es nur der Gewißheit der testatorischen Willensbestimmung, keiner besonderen Form derselben. Ingleichen genügt es, daß die Absicht des Testators auf die theilweise Entziehung des zu Gunsten der Appellaten angeordneten Vermächtnisses gerichtet war, ohne daß es zur Rechtsgiltigkeit dieser Entziehung auch erforderlich ist, daß die Fortdauer derjenigen Forderung, zu deren Tilgung die ademtio legati angeordnet war, dargelegt wurde,

vergl. fr. 34 pr. de legatis I. (30)
fr. 20 de adim. vel transf. legat. 34, 4

und demnach die später eingetretene Confusion sich als unerheblich darstellt.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 3. Juli 1847.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 240.

Präjudiz 2.

Daß es zur Aufhebung eines Vermächtnisses nicht eben einer wörtlichen Verlautbarung bedürfe, sondern jede auf sichere Weise zu erkennen gegebene Willensmeinung zu beachten sei, stimmt mit den Grundsätzen des römischen Rechts vollkommen überein. Der Titel der Institutionen

de ademtione legatorum 2, 21.

sagt zwar, daß ein Legat sowohl durch Testament als durch Codicill aufgehoben werden könne, keineswegs aber, daß es nur auf eine dieser Weisen möglich sei. Diejenigen, welche annehmen, daß Widerruf eines Vermächtnisses nur in einer gewissen solennen Form statthaft sei, berufen sich daher nicht mit Glück auf diesen Titel, zumal die Institutionen in

§. 12 de legatis 2, 20.

lehren, daß es bei Aufhebung oder Veränderung eines Vermächtnisses lediglich auf den nachweisbaren Willen, nicht auf eine gewisse Form der Verlautbarung desselben ankomme. Ebenso erfolglos suchen sie sich auf

C. 8. §. 2 de codic. 6, 36 und
fr. 35 de reg. jur.

zu stützen. Die erste Gesetzesstelle handelt nur von Errichtung, nicht von Abänderung des letzten Willens, die letztere nur von Vertragsverhältnissen.

Klar und deutlich sind die Bestimmungen in

C. 27 de fideicomm. 6, 42.
fr. 3. §. 11. fr. 4. 22. 29. 30. 31. 36 de adim. vel transfer. leg. 34, 4.

Nach ihnen können Legate wie Fideicommisse nuda voluntate aufgehoben werden. Bemerkenswerth ist namentlich das eben allegirte

fr. 3. §. 11.

Es wirft die Frage auf, ob, da ein Vermächtniß nuda voluntate erlösche, anzunehmen sei, daß, wenn erweislichermaßen der Testirer gegen den Fideicommissar oder Legatar feindselig gesinnt worden sei, das Fideicommiß oder Legat nicht gewährt zu werden brauche. Dies wird unter der Voraussetzung bejaht, daß die Feindschaft heftiger Art gewesen sei. Hierzu wird gefügt, daß solchenfalls der das Vermächtniß oder Fideicommiß Fordernde mittelst der exceptio doli zurückgewiesen werden könne. Eben dahin läßt sich auch

fr. 4. §. 10 de doli mali exc. 44, 4.

aus. Dem Erfolge nach aber ist es gleich, ob eine Anforderung an und für sich ungiltig, oder ob sie in Folge einer entgegenstehenden Einrede unwirksam ist. Demgemäß stimmen die Lehrer des gemeinen Rechts in großer Zahl . . . . darin überein, ein Erblasser könne ein Vermächtniß dadurch aufheben, daß er seine Willensmeinung ändert und dies auf sichere Weise zu erkennen gibt, gleichviel, wie dies geschehe, ob mit Worten oder durch Handlungen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 27. März 1851.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 53.

Präjudiz 3.

Zwar behauptet Kläger Bl. . ., daß, wenn auch wirklich ein derartiger Hergang*) stattgefunden haben sollte, damit doch nicht die Einrechnung seiner Arztrechnung in das Legat giltiger Weise verfügt worden sei; denn, weil bei der Testamentserrichtung an eine Aufrechnung des Legates mit seiner Forderung nicht gedacht, ein hierauf bezüglicher Wille des Testators vielmehr erst nach der Testamentserrichtung ausgesprochen worden sei, komme dies auf eine mutatio testamenti (richtiger eine theilweise ademtio legati) hinaus, die darum gegen ihn keine Wirksamkeit habe, weil diese, wie die Testamentserrichtung

*) Der Beklagte hatte nämlich dem Kläger, welcher von ihm Bezahlung seiner ärztlichen Liquidation wegen Behandlung seines Erblassers forderte, die Ausflucht entgegengesetzt, daß Kläger im Testamente des gedachten Erblassers mit einem die Forderung weit übersteigenden Legate bedacht worden sei, und der Testirer ihm, Beklagten, am Tage nach der Testamentserrichtung auf Befragen erklärt habe, mit dem Legate solle zugleich die Forderung Klägers abgemacht sein

selbst, an gewisse Formen gebunden sei, die nach des Beklagten eignem Anführen nicht beobachtet worden seien.

Allein es findet der zweite Satz in den Rechten keine Begründung, wenn man auch in jener Erklärung des Erblassers eine wirkliche theilweise ademtio legati — und es ist dieses die für Beklagtens Stellung zulässige nachtheiligste Subsumtion — erblicken will.

Denn in der That ist der Widerruf der Vermächtnisse an keine Form gebunden.

Die einschlagenden Stellen des römischen Rechts, insbesondere

L. 3. §. 11 D. de adim. vel transfer. leg. 34, 4.

non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est, sin autem levis offensa, manet fideicommissum; und

L. 27 C. de fideicomm. 6, 42.

fideicommissum ejus, qui reliquerat, poenitentia probata, successores nunquam praestare compelluntur,

sind in dieser Beziehung bestimmt und lassen eine gegentheilige Auslegung um so weniger zu, als hiernach selbst bloß äußere Umstände, aus welchen eine Willensänderung nur geschlossen werden kann, und wenn gleich eine ademtio legati weder durch Wort noch durch That ausdrücklich zu erkennen gegeben worden, z. B. eine zwischen dem Testator und Legatar nachgehends entstandene schwere Feindschaft — inimicitiae capitales vel gravissimae — das Vorhandensein einer ademtio statuiren. Denn es leuchtet ein, daß es sich hier um eine Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten handelt, welche erst nach dem Tode des Ersteren zur Sprache gebracht worden ist, weil die Gesetzesstelle auf einen vermuthlichen Widerruf hinweist, welcher bei Lebzeiten des Testators, der seine Willensänderung jeden Augenblick ausdrücklich zu erkennen zu geben in der Lage ist, nicht füglich in Frage gelangen kann. Ebenso beurkundet die zweite Stelle, daß ein Vermächtniß schon dann als widerrufen zu betrachten ist, wenn der Honorirte bloß den erweislichen Willen oder nur die veränderte Gesinnung des Erblassers wider sich hat,

cf. Sintenis, Civilr. Bd. 3. S. 732.

und es kann deshalb auch nicht so unbedingt für richtig erachtet werden, wenn einige Rechtslehrer zu der ausdrücklichen ademtio legati die Gegenwart zweier Zeugen, — wenn schon nicht solennitatis causa, sondern nur des Beweises wegen — zu erfordern scheinen,

cf. Kind, quaestiones for. T. II. cap. 58. pag. 245.
Curtius Handbuch ꝛc. 3. Ausg. §. 793.

indem vielmehr nur in jedem einzelnen Falle nach den concreten Umständen das Vorhandensein des Beweises der ademtio zu bemessen sein wird.

Es hat deshalb auch die Bl. . . vorgeschützte Exception um deswillen nicht für unstatthaft angesehen werden können, weil die Zahl der Zeugen, vor denen der Erblasser die theilweise ademtio legati ausgesprochen haben soll, nicht bezeichnet ist, nach Bl. . . sogar es den Anschein gewinnt, daß nur ein Zeuge dabei zugegen gewesen sei.

Urthel des OAG. zu Dresden vom 4. August 1855, in S. Wächsler c. Barth.
Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen. N. F. Bd. 15. Hft. 1. Nr. 6. S. 58

II.

Streitig ist, wie zu entscheiden ist, wenn der Erblasser von mehren ausgesetzten Vermächtnissen eins widerrufen hat, und man nicht weiß, welches. Vergl. L. 3. §. 7 D. de adimend. vel transfer. leg. 34, 4 mit L. 10 D. de reb. dubiis 34, 5.

Einige meinen, die L. 3 cit., wonach beide Legate bestehen blieben, sei entscheidend, und wollen mit derselben die L. 10 cit. — wonach beide Vermächtnisse zusammenfallen müßten — dadurch in Einklang bringen, daß die Schlußworte: „ademtionem autem in utrumque valere“ so verwandelt werden müßten: in ademtione autem utrumque valere.

Gäschen in der geschichtl. Zeitschr. Bd. 1. Nr. 6.

Andere nehmen die L. 10 cit., wonach beide Legate wegfallen, als die entscheidende und als Berichtigung der älteren Meinung in der L. 3 cit. an; wie es denn auch heiße: „et verius est“ etc.

Klüpfel im civil. Archiv Bd. 2. Nr. 7.
Hepp das. Bd. 9. Nr. 20.
Gans das. Bd. 1. Nr. 33.
Herrstorf das. Bd. 1. Nr. 34.
Braun, Dictate zu §. 829.
Wunderlich in Sell's Jahrb. Bd. 1. Nr. 8.
v. Vangerow, Pand. Bd. 2. §. 541.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 866.

Ueber kritische Versuche, die citirten Gesetze zu vereinigen ꝛc., siehe

Gäschen, geschichtl. Zeitschr. Bd. 1. Nr. 6.
Roßhirt, Lehre von Vermächtn. Bd. 1. S. 436.
v. Vangerow, Pand. §. 541.

III.

Streitig ist, ob, wenn der Testirer dem Einen eine Sache als ein Vermächtniß hinterlassen hat, hinterher aber einem Andern dieselbe Sache, mit Beziehung auf das erste Vermächtniß, vermacht, das erste Vermächtniß dadurch aufgehoben sei*).

Einige meinen, gestützt auf §. 1 Inst. de ademt. leg. und L. 5 D. de adim. leg., es werde hierdurch das erste Vermächtniß völlig wieder aufgehoben.

Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. Nr. 260.

Andere meinen, gestützt auf L. 33 D. de leg. I. L. 7 D. de adim. vel transfer. leg. §. 8 Inst. de leg. u. L. 15 pr. D. de hered. inst., durch eine desfallsige Bestimmung des Testirers werde das erste Legat nicht völlig aufgehoben; es sei vielmehr den beiden Legataren der vermachte Gegenstand zu gleichen Theilen vermacht, so daß beide Legatare als re conjuncti anzusehen seien.

Bartolus ad leg. 89 D. de leg. III.
Mantica, de conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 14.

IV.

Wenn ein Vermächtniß im zweiten Grade aufgehoben wird, so streitet man, ob dasselbe auch für den ersten Grad erlischt, L. 31. §. 1 D. de adim. leg. 34, 4.

Einige stellen unbedingt den Satz auf: wenn der A ein Legat erhalten habe, unter der Auflage, dasselbe an B herauszugeben, so erhalte es der A nicht, wenn es der Testator dann dem B wieder nehme.

Cujacius, obs. lib. 32. c. 1.

Andere meinen, jener Satz könne nur dann gelten, wenn der Onerirte bloße Mittelsperson — instrumentum solutionis — sei, nicht aber auch für den Fall, wenn das Fideicommiß zugleich, oder wohl zunächst auf den Vortheil des Onerirten gerichtet sei.

Braun, Dictate zu §. 829.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 866.

---

*) Z. B. der Testirer verordnet: meinen Garten, welchen ich dem Titius vermacht habe, vermache ich dem Cajus.

C. Klagen.

Marezoll in Gießer Zeitschr. Bd. 9. S. 274 f.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 309 f.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 284.

I.

Streitig ist, wann die dem Legatar neben der actio personalis ex testamento*) zustehende actio in rem statthaft sei. Vergl. L. 1 C. commun. de legat. 6, 43.

Einige meinen, zu den materiellen Voraussetzungen der actio in rem gehöre, daß der Erblasser wirklich Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht an einer bestimmten Sache gewähren wollte, sowie, daß er dieses dingliche Recht unmittelbar zu gewähren vermöchte, wenn er als Erbender darüber verfügte. Aber nur an solchen Sachen, welche dem Erblasser oder zur Erbschaft gehörten, könne der Legatar unmittelbar durch das Vermächtniß Eigenthum oder andere dingliche Rechte erwerben. An den Sachen eines Dritten könne aber der Erblasser Niemandem Rechte, die ihm selbst nicht zuständen, gewähren; hier könne der Erbe nur verpflichtet werden, daß er dem Legatar das ihm zugedachte Recht verschaffe; und auch in Ansehung der Sachen, welche dem Erben oder dem Onerirten selbst gehören, könne jeder directe Erwerb des dinglichen Rechts nicht stattfinden, sondern diesen nur eine Verpflichtung auferlegt werden.

Schweppe, röm. P.-R. §. 902.
Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 309.
v. Vangerow, Pand. §. 531.

Andere meinen, die von Justinian in L. 1 cit. gestattete in rem actio stehe dem Vermächtnißnehmer auch dann zu, wenn die vermachte Sache gar nicht dem Erblasser, sondern dem onerirten Erben gehöre, ja selbst auch in dem Falle, wenn es eine ganz fremde Sache sei, die aber der Onerirte später an sich gebracht habe. Die Klage sei in diesen Fällen zwar keine wahre Eigenthumsklage, sondern eine utilis rei vindicatio oder in rem actio zum vermehrten Schutze der Vermächtnißnehmer gegen dritte Besitzer.

Marezoll in Gießer Zeitschrift Bd. 9. S. 280—306.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 4. S. 284 f.

Dagegen siehe

Arndts im Rechtslexikon Bd. 6. S. 310.

*) Präjudiz 1.

Im Jahre 1848 hatte der zu J. verstorbene Geheime Hofrath Dr. C. Frau C. von E. als testamentarische Universalerbin hinterlassen, der verw. Frau L. S aber sein Rittergut St. sammt Zubehörung, Inventarium, bei seinem Tode noch rückständigen Pachtgeldern und sonstigen etwa zurückstehenden Gutsrevenüen u. s. w. legirt.

Dieses Rittergut war von dem Erblasser bis zum Jahre 1859 an Herrn B. verpachtet worden, und hatte Letzterer eine Cautionssumme von 1500 Thlrn. Conventionsgeld für pünktliche Abführung der Pachtgelder, Instandhaltung des Inventars u. s. w. Verpachtern bestellt und übergeben. — Da sich diese Cautionssumme in den Händen der Erbin befand, so erhob nunmehr gegen diese die Legatarin vor dem Justizamte B. Klage auf Herausgabe derselben. — Beklagte stellte dieser Klage unter Anderem die Einrede der Unstatthaftigkeit der Klage entgegen, behauptend, daß die bestellte Caution, als Ausfluß und annexum rein persönlicher Berechtigungen und Verpflichtungen, lediglich ein Rechtsverhältniß zwischen ihr, der Erbin und dem Abpachter begründen könne.

Diese (sogenannte) Einrede wurde aber für unerheblich erachtet, und Beklagte zur Herausgabe der fraglichen Caution gegen die von der Klägerin beizubringende Erklärung des Pachters B.:

„daß er wegen dieser Caution . . . . . sich aller weitern Ansprüche an Beklagte begebe, und dieserhalb nur die Klägerin als seine Schuldnerin ansehen wolle",

oberstrichterlich verurtheilt.

Gründe.

Die Beklagte, als Universalerbin des Geh. Hofraths Dr. C., ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbunden, den Pacht über das Rittergut St. mit dem Pachter B. fortzusetzen.

§. ult. Inst. de locat. et conduct. 3, 24.
C. 10 eod. 4, 65.
Gottschalk. analect. jur. Sax. cap. 9.

Sie ist jedoch dazu außer Stande, weil das verpachtete Gut in die Hände der Klägerin, als Vermächtnißnehmerin, durch testamentarische Verfügung übergegangen ist. Auch ist Klägerin in ihrer Eigenschaft als legataria nicht verbunden, den Contract auszuhalten, sondern berechtigt, den Pachter auszuweisen, und dieser hat deshalb seine Entschädigung bei Beklagter, als der Erbin, zu suchen.

Vergl. fr. 32 locat. conduct. 19, 2.
fr. 120. §. 2 de legat. (I. 30.)

Nun macht aber Klägerin von diesem ihrem Rechte, colonum prohibendi, keinen Gebrauch, sondern setzt den Pachtcontract fort. Dies ist von Beklagter gar nicht bestritten, und dient offenbar nur zu deren Vortheil, weil sie dadurch den Schädenansprüchen des Pachters, welche auf die nurangezogenen Gesetze gegründet werden könnten, entgeht. Sie hat aber auch keine Ansprüche mehr gegen den Pachter. Denn die rückständigen Pachtgelder und Gutsrevenüen sind der Klägerin vermacht, und die etwaigen Schädenansprüche der Beklagten konnten sich doch nur auf Verminderung und Verschlechterung der verpachteten Sache beziehen, wodurch, nachdem diese auf Klägerin übergegangen ist, nur noch diese, nicht aber Beklagte betroffen wird. Hierbei kommt auch nichts darauf an, ob Klägerin aus freiem Antrieb, oder aus Schuldigkeit, um den Willen ihres Testierers zu erfüllen, den Pacht fortsetzt . . .

Ein ganz neuer Pacht ist es nicht, sondern es ändert sich bloß die Person des Verpachters, welcher in denselben Contract, mit allen Rechten und Verbindlichkeiten des Defunctus, eingetreten ist.

Geht man nun zu den Wirkungen über, welche alles dieses auf die bestellte Pachtcaution äußert, so erscheint die letztere lediglich als ein Zubehör des Pachtverhältnisses, und weil dieses hier, nach den angeführten besonderen Umständen, mit dem Legate zugleich auf den Legatar übergeht, so kann der Letztere auch dieses annexum von dem Erben, welcher es im Besitze hat, fordern, und zwar mit der actio personalis ex testamento.

Wollte man dieses nicht annehmen, so würde, bei der strengsten Auffassung der Sache, doch weiter nichts daraus folgen, als daß der Pachter von der Beklagten, weil diese keine Rechte mehr gegen ihn, also auch kein Interesse an der Caution hat, solche mit der condictio sine causa zurückfordern könnte, daß er aber sofort verpflichtet sein würde, sie an Klägerin, als seine jetzige Verpachterin, wieder herauszuzahlen, weil diese nach dem Pachtcontracte sie nach derselben Höhe, wie sie in diesem versprochen ist, von ihm verlangen kann. Dieses Hin- und Herzahlen ist aber nicht bloß eine unnöthige Weitläuftigkeit, welche durch die unmittelbare Herausgabe an Klägerin vermieden werden kann, sondern sie steht auch in offenbarem Widerspruche mit dem Zwecke der Caution, welcher fordert, daß diese nicht eher wieder in die Hände des Pachters zurückgelange, als am Ende der Pachtzeit und bis er alle seine Obliegenheiten erfüllt hat.

Die angeführten

fr. 32 locat. conduct. und
fr. 120. §. 2 de legat. I.

stehen dem keineswegs entgegen, da sie beide eben nur von dem Falle handeln, wo der Legatar den Pacht **nicht** aushalten will, wohingegen hier gerade der entgegengesetzte zur Entscheidung vorliegt. Da jedoch der Pachter selbst in diesem Processe nicht gehört worden ist, und Beklagte als Erbin seines ursprünglichen Verpachters noch Ansprüchen von ihm ausgesetzt sein

könnte, so erscheint dessen Zuziehung und Erklärung für nothwendig.

Erk. des OAG. zu Dresden vom 22. Sept. 1850. Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 238.

II.

Sind Mehre onerirt, so kann sich ein Jeder durch Entrichtung seines Antheils, so lange er noch nicht verklagt ist, von dem Anspruche des Legatars frei machen.

Streitig ist aber, wie es zu halten sei, wenn der Legatar die actio hypothecaria bereits angestellt haben sollte.

Einige meinen, der Anspruch des Legatars an die Erben gelte in der Regel nur pro rata hereditaria, L. 54. §. 3. L. 124 D. de legat. I., und deshalb wirke auch das Pfandrecht, seiner sonstigen Untheilbarkeit ungeachtet, nicht weiter, L. 1 C. 6, 43*).

Voet, Comment. ad P. tit. de legat. Nro. 41.
Stryk, success. ab intest. diss. 7. c. 4. §. 26.
Gesterding, Nachforsch. Th. 3. S. 206.
Schweppe, röm. P.-R. §. 901.

Andere meinen, jene Ansicht, welche auf L. 1 C. cit. sich stütze, sei mit dem Princip der Untheilbarkeit des Pfandrechts nicht in Einklang zu bringen, und deshalb sei jenes Gesetz dahin auszulegen: „insofern Jemand überhaupt mit der Testamentsklage belangt werden kann."

v. Ende, vermischte jurist. Ausf. S. 77.
Becker, de act. hypoth. legatariis contra coheredes compet. etc.
Glück, Pand. Bd. 19. S. 176.

III.

Ueber die Beweislast, wenn der Erbe bei Berichtigung von Legaten Vermögensinsufficienz behauptet, spricht sich das LG. zu Wolfenbüttel folgendermaßen aus:

Präjudiz 1.

Da in Ansehung der Frage, ob Klägerin:
daß der Testator, außer dem in den Händen der Giesecke'schen Eheleute befindlich gewesenen, annoch anderes Vermögen und zu welchem Betrage, nachgelassen habe,
oder ob Beklagte:
daß außer den gedachten Vermögensstücken dergleichen andere in zureichender Quantität nicht vorhanden seien,
zu erweisen habe? nach der bestimmten Verordnung der
L. 34. §. 2 de legat. tit. (32): „si probaverit heres, non sufficere reditum bonorum ad totius debiti exsolutionem" etc.
solcher Beweis dem Erben auferlegt werden muß, welches den allgemeinen Principien über die Beweislast entspricht, indem die Anordnung des Legats in einem verbindlichen letzten Willen den Erben zu dessen Erfüllung verpflichtet, und der Erbe, wenn er die Existenz von Umständen behauptet, welche ausnahmsweise die Ungiltigkeit oder Beschränkung erwirken, solche darthun muß,
L. 17 D. de probat. 22, 3.
demzufolge dem Verklagten Beweis aufzuerlegen ist, so wird &c.
Bescheid des LG. zu Wolfenbüttel vom 8. October 1840, in R.-S. Busch c. Giesecke, wegen Erbrechts.

*) L. 1 cit.: . . . in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.

Vermächtnisse, wem die Ablösungspflicht obliege, s. Vermächtnisse A. c. 10. 11.

— — „zur Benutzung", s. Legat dinglicher, das Eigenthum beschränkender Rechte c. 1.

Vermächtnisse, deren Collation, s. Collationspflicht c. 22.

— — dem Commercio entzogene, s. Vermächtnisse A. c. 7.

— — dem Einen ganz, dem Andern zum Theil vermacht, s. Vermächtnisse A. c. 6.

— — durch Erbvertrag errichtet, s. Erbverträge c. 7.

— — einer dem Legatar eigenen Sache, s. Vermächtnisse A. c. 8. 9. 10.

— — mehren Personen alternativ auferlegt, s. Vermächtnisse A. c. 2.

— — der Notherben, bei inofficiösen Testamenten, s. Notherbenrecht D. c. 3.

— — ohne nähere Bezeichnung des Onerirten, s. Vermächtnisse A. c. 1.

— — ad pias causas, s. Vermächtnisse A. c. 13; desgl. testamentum ad pias causas c. 7. 8. 9.

— — ob sie dem Pupillarsubstituten auferlegt werden können? s. Vermächtnisse A. c. 12.

— — bei der querela inoff. testam., s. querela inoff. testam. c. 13. 15. 16.

— — ob sie im Testamente der Eltern unter Kindern angeordnet werden können? s. testamentum parentum inter liberos c. 19. 20. 21.

— — verstellt auf das arbitrium eines Dritten, s. Testamente, deren Inhalt c. 4.

— — in die Willkür eines Dritten verstellt, s. Testamente, deren Inhalt c. 1. 2.

Verminderung des Vermögens nach dem Tode des Erblassers, deren Einfluß auf den Pflichttheil, s. Pflichttheil A. c. 15.

Vernichtung des Testaments, s. Testamente, deren Widerruf c. 11. 12. 15.

Verschollene, ob der Curator auf die Früchte des Vermögens des Verschollenen Anspruch habe, s. Verschollenheit c. 1.

Verschollenheit.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 494 f. Bd. 33. S. 266.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 236. Bd. 4. S. 352.
Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes Bd. 2. S. 218 f.
Mittermaier, Grunds. des gem. deutsch. Priv.-R. (7. Ausg.) §. 147.
Hildebrand, Lehrbuch des gem. deutschen Priv.-R. S. 55 u. 567.
Rudorff, das Recht der Vormundsch. Bd. 1. S. 148 f.
Bluntschli, deutsch. P.-R. §. 17 u. 183
Gengler, deutsch. P.-R. S. 70.
Gerber, deutsch. P.-R. §. 34.
Beseler, System des deutsch. P.-R. Bd. 1. S. 305. Bd. 2. S. 481.
Renaud, Lehrb. des gem. deutsch. P.-R. Bd. 1. S. 140.
Bruns in den Jahrb. für gem. deutsch. Recht Bd. 1. S. 90.
Steinberger im Rechtslexikon Bd. 12. S. 693 f.

Vergl. auch Controv.-Lex. Bd. 1. Abth. 1. S. 224 f. Abth. 2. S. 150.

I.

Streitig ist, wie es sich mit dem Anspruche des Curators, als nächsten Erben,

auf die Früchte des Vermögens des Abwesenden verhalte.

Einige meinen, daß der Curator zur Berechnung und Erstattung aller Früchte verbunden sei, selbst wenn sie den Capitalbetrag des Vermögens übersteigen sollten; denn der Curator behalte das Vermögen des Verschollenen nur als Verwalter eines fremden Vermögens bis dahin, daß der Tod wirklich erfolgt sei oder präsumirt werde.

Carpzov, jurispr. for. P. 3. const. 15. def. 55. Nro. 3.
Eisenhardt, instit. jur. Germ. priv. lib. 1.
Claproth, summarischer Proz. §. 224.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 710. Nro. 2.
Haase, Edictalladungen und Edictalprozesse Cap. 10. §. 6. S. 116.
Hildebrand, deutsch. P.-R. §. 181b. Nr. 8.
Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 1. S. 151b. Nr. 13.

Andere meinen, daß dem Curator ein Anspruch auf die Früchte des Verschollenen zustehe, und er dürfe ebenso wie ein Besitzer im guten Glauben nur zur Herausgabe derjenigen Nutzungen angehalten werden, welche zu der Zeit noch vorhanden seien, wo das Vermögen von dem wiederkehrenden Abwesenden (oder einem näheren Erben) zurückgefordert werde. Denn der Curator erlange ja als präsumtiver nächster Erbe provisorischen Besitz; wenn er Rechnung ablegen müsse, so würde er andern Falls sich in einer ungünstigeren Lage befinden, als diejenigen Curatoren, denen die Curatel als munus publicum übertragen werden könne; endlich verwalte er ja das Vermögen des Verschollenen aus dem Grunde eines präsumtiven nächsten Erbrechts, und er werde als präsumtiver nächster Erbe in den Besitz der Güter eingewiesen, verwalte also in eigenem Namen und eigenem Interesse.

Leyser, sp. 97. med. 2.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 288.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 250 f.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 429.
Gerber, deutsch. P.-R. Bd. 2. S. 193.
Bluntschli, deutsch. P.-R. Bd. 2. S. 358.

II.

Wenn Jemand erst nach seinem siebenzigsten Lebensjahre verschollen ist, so streitet man, wann die Todeserklärung beantragt werden dürfe.

Einige meinen, es müsse dann das hundertste Lebensjahr, als das höchste Ziel des menschlichen Lebens, abgewartet werden, arg. L. 56 D. de usufr. u. Sirach Cap. 18. V. 8.

Hommel, diss. septuagenarius absens, quando mortuus praesumatur §. 10 u. 11.

Andere meinen, nach Analogie der L. 68 D. ad leg. Falcid., es müsse noch ein Zeitraum von fünf Jahren zugelegt werden.

Koch, diss. utrum absentium successio fit ex nunc an ex tunc.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1682. not. e.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 495.
Steinberger im Rechtslexikon Bd. 12. S. 706.

Ueber Ideen Anderer s.

Gmelin und Elsässer, jurist. Beobachtungen Bd. 4 Nr. 11. §. 127.
Beseler, deutsch. P.-R. Bd. 1. S. 307.

Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 3. Resp. 176 Nr. 20.

Vergl. das Präj. 3 im Contr.-Lex. Bd. 1. Abth. 2 S. 152.

III.

Bei der Erbschaftserwerbung eines Verschollenen herrscht Streit, insbesondere

A. wenn es sich um die Nähe der Verwandtschaft der Intestaterben handelt, so ist streitig, nach welchem Zeitpunkte diese Nähe zu beurtheilen sei.

Einige meinen, es sei auf die Zeit zu sehen, wo das Leben des Abwesenden zweifelhaft zu sein angefangen habe, und ihm deswegen ein Curator über sein Vermögen bestellt worden sei — sogenannte successio ex tunc. Denn wenngleich ein Verschollener nicht eher als nach vollendetem siebenzigsten Jahre für todt erklärt werden könne, so folge daraus nicht, daß er erst in diesem Jahre und nicht früher gestorben sei. Vielmehr bestehe ein Unterschied zwischen „gestorben sein“ und „für todt erklärt werden“. Es sei vielmehr anzunehmen, der Abwesende sei schon damals verstorben, als er verschollen und von seinem Leben keine weitere Nachricht zu erhalten gewesen sei. Dieses folge aus L. 10 pr. D. de capt. et postlim. revers., wo von einem in die Kriegsgefangenschaft gerathenen Römer, der nicht wieder zurückgekehrt ist, gesagt werde: jam tunc decessisse intelligitur, cum captus est.

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 15. §. 77. not. a.
Crell, diss. quando curator absentis heredes aeque propinquos a succ. exclud. §. 4.
Wernher, select. obs. T. III. P. III. obs. 48
Schmidt, öffentl. Rechtsspr. S. 15 f.
Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 3. Abth. 1. Resp. 176. S. 7—10.
Hagemann, prakt. Erört. Bd. 5. Nr. 48. S. 223
Hellfeld, jurispr. for. §. 1397.

Vergl.

Heise und Cropp, Abh. Bd. 2. S. 115.

Die Anhänger dieser Ansicht gehen nun darin auseinander, daß Einige die Verschollenheit eintreten lassen theils von dem Augenblicke der Abwesenheit,

Wernher, l. c.
Schilter, l. c.

theils von dem Eingange der letzten Nachrichten des Verschollenen,

Schmidt, l. c.
Hellfeld, l. c.

theils von der Zeit der Curatelbestellung, besonders wenn dies die deutsch-rechtliche der nächsten Verwandten war,

Pufendorf, obs. T. IV. obs. 84. §. 5.
Hagemann, l. c.

welche Ansicht auch von der hannoverschen Praxis — s. Rüling, Entsch. des OAG. Celle Nr. 108 — angenommen ist; theils endlich von der Zeit der Erlassung einer der Todeserklärung jedesmal voranzuschickenden Edictalladung,

Hurlebusch, Erörter. aus dem Civilr. Heft 1. S. 144.

Siehe die Widerlegungen dieser Ansichten bei

Elsässer, jurist. Beobacht. u. Rechtsf. Bd. 4. Nr. 11. §. 123. S. 171.

Andere meinen, so lange es ungewiß sei, ob der Abwesende noch lebe oder todt sei, müsse angenommen werden, er lebe noch, folglich sei so lange von einer Erbschaft keine Rede, denn viventis nulla est hereditas. Da nun aber die Zeit des Todes bei Verschollenen unbekannt sei, so müsse der Zeitpunkt eintreten, wo der Tod des Abwesenden rechtlich vermuthet werde, weil ja die Folge nicht früher eintreten könne, als die Ursache. Diese Vermuthung beginne aber erst mit dem vollendeten siebenzigsten Jahre des Abwesenden. Dies sei also der Zeitpunkt, nach welchem die Nähe der Verwandtschaft bei der nun erst rechtlich möglichen Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden zu beurtheilen sei. Die Erbschaft könne mithin nur denjenigen zuerkannt werden, welcher zur Zeit der eingetretenen Todesvermuthung der nächste sei, sog. successio ex nunc.

Leyser, med. ad P. sp. 96. m. 9.
Hommel, Rhapsod. obs. 107.
Köchy, Meditat. S. 313.
v. Dalwigk, prakt. Erört. auserles. Rechtsf. Erört. Nr. 5. S. 196.
Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 2. S. 254.
v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des R. Th. 1. S. 341.
Haase, über Edictalladung. Cap. 10. §. 11. S. 132.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 325.
Savigny, System Bd. 2. S. 18.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 397.
Seuffert, Erört. Bd. 1. S. 53.
Schweppe, röm. P.-R. §. 61. (Ausg. 4.)

Siehe die Präj. im Contr.-Lex. Bd. 1. Abth. 2. S. 151 und 152.

Und oben Erwerb des Erbrechts Controv. 1.

IV.

B. Ferner streitet man bei der successio ex nunc, ob die Erbfolge gleich nach eingetretener Zeit der Todesvermuthung, oder erst nach erfolgter Todeserklärung bestimmt werde.

Einige meinen, auf die Vermuthung des Todes komme es nicht an; die richterliche Todeserklärung mache einestheils eine Rechtsvermuthung des Todes überflüssig, anderen Theils aber würde es einer solchen Erklärung gar nicht bedürfen, wenn die Gesetze schon durch eine Vermuthung der Ungewißheit über Leben und Tod ein Ende gemacht hätten. Es ließe sich, gäbe es eine solche Vermuthung, die öffentliche Ladung gar nicht rechtfertigen, die an Jemand gerichtet wäre, von welchem gesetzlich anzunehmen sei, er sei schon gestorben. Es sei deshalb von dem Augenblicke der Todeserklärung der Tod des Verschollenen zu datiren, und nach diesem Momente die Erbfolge zu bestimmen.

Gesterding, Nachforsch. Th. 1. S. 342.
Zimmern in den Jahrb. der jurist. Literatur von Schunk Bd. 5. S. 10.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 325.
v. Vangerow, Pand. Bd. 1. §. 33.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 135 u. 397.
Glück, Pand. Bd. 7. S. 496.

Andere meinen, der Moment, für welchen die Präsumtion des Todes entscheide, müsse als der Zeitpunkt des Erbschaftsanfalls gelten. Denn wenn auch durch die richterliche Todeserklärung der bisherige Präsumtiverbe erst wirklicher Erbe werde, so habe diese doch nur die Natur eines declaratorischen Erkenntnisses, dessen Wirkungen nothwendig auf den Zeitpunkt zurückgehen müßten, für welchen die Declaration gegeben sei.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4. S. 371.
Gmelin und Elsässer, Beob. und Rechtsf. Bd. 4. S. 168.
Koch, diss. utrum successio absentium fiat ex nunc an ex tunc p. 214.
Hofacker, princ. jur. civ. §. 1682.
Köchy, Medit. S. 313.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 299.
v. Dalwigk, prakt. Erört. Nr. 5. §. 17.
Thibaut, System §. 820
Seuffert, Erört. Bd. 1. §. 61.
Bolley, verm. jurist. Aufs. Bd. 1. S. 94
Michaelis in den Jahrb. der jurist. Literat. Bd. 22. S. 154.
Heise und Cropp, Abh. II. S. 139.
Steinberger im Rechtslexikon Bd. 12. S. 711.

Vergl. Contr.-Lex. Bd. 1. Abth. 2. S. 150 f. und die daselbst aufgeführten Präjudizien.

Präjudiz 1.

Das OAG. Cassel erkannte am 27. Jan. 1830 über die vorliegende Streitfrage: daß, ad gr. 3. die streitige Rechtsfrage betreffend, mit welchem Zeitpunkte die Erbschaft eines für todt erklärten Verschollenen als eröffnet zu betrachten sei, der Tod des Abwesenden nicht von seinem zurückgelegten siebenzigsten Lebensjahre, sondern von dem Tage des die Todeserklärung enthaltenden Bescheides an zu rechnen sei.

Präjudiz 2.

Der am 7. Juni 1752 geborene Johann Balthasar Friedr. D. ist in seiner Jugend in die Fremde gegangen und nicht zurückgekehrt, weshalb über dessen zurückgelassenes Vermögen eine Curatel angeordnet wurde. Im Jahre 1827 wurden auf den Antrag des Curators, da der Abwesende nunmehr das siebenzigste Lebensjahr zurückgelegt haben würde, und daher sein Tod rechtlich zu vermuthen sei, Edictalien erlassen, wodurch der Abwesende, beziehungsweise dessen unbekannte Erben aufgefordert werden, sich zur Empfangnahme des unter Curatel stehenden Vermögens zu legitimiren. Hierauf meldet sich 1) eine Wittwe D., als Testamentserbin ihres verstorbenen Ehemannes, welcher der Sohn einer Schwester des Verstorbenen gewesen ist, 2) der Sattlermeister D. als Bruder des Verschollenen.

In erster Instanz wurde erkannt, daß der Nachlaß den beiden angemeldeten Erben, einem Jeden zur Hälfte, ausgefolgt werden solle; von der Justizkanzlei zu Rotenburg aber, auf Appellation des Bruders des Verschollenen, die von Letzterem nachgelassene Vermögensmasse, mit Abweisung des Erbanspruchs der Wittwe D. auf diesen Nachlaß, dem Appellanten zugesprochen, weil erst mit dem Zeitpunkte der gerichtlichen Todeserklärung die Erbschaft des Verschollenen eröffnet werde, und dieselbe hiernach im vorliegenden Falle dem früher verstorbenen Ehemanne und Erblasser der Appellatin gar nicht angefallen sei, und weil auch, wenn man das zurückgelegte siebenzigste Lebensjahr des Verschollenen als den entscheidenden Zeitpunkt betrachte, doch der Ehemann der Appellatin die ihm unter dieser Voraussetzung angefallene Erbschaft nicht angetreten, solche also auch auf die Appellatin nicht transmittirt habe.

Das OAG. in Cassel erkannte unterm 1. Dec. 1830: In Erwägung, daß — — vermöge des in Kurhessen bestehenden Gerichtsgebrauchs der Tod eines Verschollenen, mithin der Zeitpunkt des Erbschaftsanfalls, nicht von seinem siebenzigsten Lebensjahre, sondern vom Tage des die Todeserklärung enthaltenden Bescheides an, als eingetreten angenommen wird, hiernach aber der Appellantin kein Anspruch auf den fraglichen Nachlaß zusteht, da ihr Ehemann und Erblasser sogar schon zur Zeit der Erlassung der Edictalien nicht mehr lebte, ihm daher die Erbschaft des Verschollenen gar nicht mehr anfallen konnte, weshalb dasjenige, was in dieser Instanz

hinsichtlich der von jenem erklärten Absicht der Erbschaftsantretung neu vorgebracht wird, als unerheblich erscheint,

so wird ic. abgeschlagen.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 394.

Präjudiz 3.

In einem Besch. des LG. zu Wolfenbüttel vom 4. Aug. 1836, in R.-S. Münchhoff c. Stephani, ad acta Münchhoff Nachlaßregulirung betreffend, hieß es:

. . . und da eine Läsion der Appellanten nicht vorhanden ist, weil

1) nach der richtigeren, darauf,

daß der richterlichen, den Tod aussprechenden Verfügung nur die Natur eines declaratorischen Erkenntnisses beizulegen ist, dessen Wirkungen auf den Zeitpunkt zurückgehen, welchen die Praxis als den des erfolgten Todes eines Verschollenen angenommen hat,

gestützten Meinung die Erbfolge in dem Augenblicke eröffnet wird, da der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr erreicht haben würde, folglich auch nach diesem Zeitpunkte die Rechte der Erbprätendenten beurtheilt werden müssen,

Thibaut, System §. 425 a. E. (8. Aufl.)

Glück, Commentar Bd. 33. S. 299—303.

Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. 2. Abh. 4. §. 8.

2) die erst im Jahre 1828 verstorbene Mutter der Appellaten den Feldprediger Münchhoff, welcher 1754 geboren, bereits 1824 das siebenzigste Lebensjahr erreicht hätte, mehre Jahre überlebt hat, und in gleichem Grade, wie der Vater, resp. Ehemann der Appellanten mit dem Verschollenen verwandt war, folglich mit gleichem Rechte zu dessen Nachlasse berufen würde;

3) obgleich eine nicht erworbene Erbschaft in der Regel nicht auf die Erben transmittirt wire, dennoch dieser Rechtssatz den Appellatinnen nicht entgegensteht, indem

a) deren Mutter, bereits nach dem präsumtiven Tode des Verschollenen, dessen Erbschaft mit in Anspruch genommen, also angetreten und damit eventuell erworben hat, mithin die Appellatinnen einer Transmission nicht bedürfen, weil das den Tod aussprechende Erkenntniß auf den fingirten Todesfall zurückgezogen und dadurch auch eine vor dem Erkenntnisse geschehene Antretung giltig werden muß,

b) jedenfalls, wenn man eine Antretung vor dem Erkenntnisse für nicht zuläßig erachten würde, hier, wo der Tod des Erblassers doch schon als erfolgt anzunehmen war, und das Hinderniß der Antretung nur darin lag, daß die gerichtlichen Verhandlungen über die Todeserklärung noch nicht beendigt waren, den Appellatinnen nach Analogie der

L. 12 D. de Carbon. ed. 37, 10.

L. 6. §. 1. L. 42. §. 3 D. de bonis lib. 38, 2.

cf. Heise und Cropp, l. c. §. 8. S. 140.

eine bonor. possessio hätte ertheilt werden müssen,

so wird ic. abgeschlagen.

Dieser Bescheid wurde bestätigt durch Erk. des OAG. v. 18. Nov. 1836 aus folgenden Gründen:

Da von der mit dem Ablaufe des siebenzigsten Lebensjahrs des Verschollenen eintretenden Vermuthung seines Todes die richterliche Todeserklärung abhängig ist, nicht aber umgekehrt, indem durch die letzte jene nach vorgängiger Prüfung ihrer Grundlage nur als begründet erklärt, nicht aber erst selbst begründet wird, mithin auch der auf dem durch die begründet befundene Vermuthung beschafften Beweise des bis zum Ablaufe des siebenzigsten Lebensjahrs erfolgten Todes beruhende Anfall der Erbschaft durch die Todeserklärung auf die Zeit dieser um so weniger hinausgeschoben werden kann, als derselbe sonst in die richterliche Willkür gestellt sein würde;

da ferner zur Antretung der durch die Todesvermuthung deferirten Erbschaft und deren Transmission die in dem decreto a quo angezogene bestimmte Erklärung der Erblasserin der Appellatinnen genügt,

so wird ic. abgeschlagen.

V.

C. Auch streitet man, ob, wenn die Curatel durch Vollendung des siebenzigsten Lebensjahrs des Verschollenen aufhört, die in der Zwischenzeit defeerirte Erbschaft den Erben des nun für todt Erklärten, oder denjenigen zuzuerkennen sei, welche bei seiner Nichtexistenz das nächste Recht gehabt, oder wenigstens mit ihm concurrirt haben würden.

Einige meinen, das siebenzigste Lebensjahr sei durch die Gesetze zwar als präsumirter Endpunkt des Lebens gesetzlich festgestellt, eine Gewißheit werde dadurch aber nicht gegeben. Wenn es also ungewiß sei, wer von zwei Personen den andern überlebt habe, so müsse angenommen werden, daß Keiner den Andern überlebt habe; wollten mithin die Erben des Verschollenen Ansprüche auf den Grund, daß dieser seinen behaupteten Erblasser überlebt habe, erheben, so müßten sie dies beweisen. Dies folge schon daraus, daß, wenn auch die Gesetze vermuthen lassen, der Endpunkt des Lebens trete mit dem siebenzigsten Lebensjahre ein, so doch nicht zu vermuthen sei, daß er gerade an seinem siebenzigsten Geburtstage gestorben sei.

Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2. S. 162. §. 10.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 462.

Weber, über Beweisführung S. 230.

Schweppe, röm. P.-R. §. 57 u. 61.

Schmidt, öffentl. Rechtsspr. S. 38.

Andere meinen, die Erben des Verschollenen seien berechtigt; denn jeder Lebendige sei nur so lange als lebend anzusehen, bis die Gesetze in Fällen, wo die Wirklichkeit nicht ausgemittelt werden könne, einen Endpunkt fingiren, L. 8 C. 8, 51. L. 1 D. 18, 4.

Glück, Pand. Bd. 7. S. 494.

v. Bülow, Abhandl. Bd. 1. S. 286.

Haase, über Edictalladungen S. 118.

Claproth, summarischer Proceß §. 224.

Schneider, vom rechtlichen Beweise §. 26.

Andere meinen, die Frage sei dem Verschollenheitsverfahren analog zu behandeln. So wie da, nach fruchtlos wiederholten Vorladungen des Verschollenen, dessen nächste Erben als Präsumtiverben in den Besitz und die Curatel über sein Vermögen gegen Caution eingesetzt würden, und diese nur für den Fall seiner Rückkehr Caution zu leisten haben, ebenso würde auch im Falle einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft, nach Fruchtlosigkeit der erforderlichen Vorladungen, dieselbe denjenigen, mit welchen der Verschollene, wenn er sich gemeldet hätte, concurrirt haben würde, oder denjenigen, welche bei seiner Nichtexistenz das nächste Recht zur Erbschaft haben, gegen gleiche Caution überwiesen werden.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 466.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 739

Präjudiz 1.

Das Hof- und Appellations-Gericht zu Dillenburg schlug durch Decret vom 8. Juni 1822 eine Beschwerde unter Anführung folgender Gründe ab:

Die Appellanten sprechen das — praevia citatione am 10 März 1821 vom Amte zu Reichelsheim den Appellaten als damaligen nächsten Erben zuerkannte — Vermögen des abwesenden, über siebenzig Jahr alt gewordenen Joseph Waas an deswillen an, weil am 27. April 1810 dieser Abwesende das siebenzigste Lebensjahr schon erreicht, derselbe also damals todt vermuthet werde, mithin ihren damals am Leben noch gewese-

ten, dem Abwesenden so nahe wie Appellaten verwandten Erblassern dessen Erbschaft gleichfalls zugefallen wäre.

Da aber nach der Verordnung vom 21. Mai 1781 nicht die auf das siebenzigjäherige Alter gegründete Vermuthung des Todes, sondern die, nach erfolgter öffentlicher Vorladung, ausgesprochene richterliche Todeserklärung des Abwesenden den Zeitpunkt zur Succession bestimmt; nach diesem also, wer die nächsten Erben ab intestato seien, geprüft und die Erbfolge beurtheilt werden muß, zu dieser Zeit aber die mit den Appellaten gleich nahen Erblasser der Appellanten schon gestorben waren, so ist die Beschwerde für ungegründet gefunden worden.

Die abgewiesenen Intestaterben appellirten an das OAG., und dieses erkannte am 16. Juli 1823 dahin reformatorie: daß die Appellanten, insofern ihre resp. Vater und Mutter nach dem 27. April 1810, wo der verschollene Joseph Waas das siebenzigste Lebensjahr zurückgelegt hatte, annoch gelebt haben, für gesetzliche Miterben zu erklären, und daß sonach zwischen den mit den Appellaten in gleichem Grade stehenden Blutsverwandten die Verlassenschaft des Joseph Waas rechtlicher Ordnung nach zu vertheilen sei.

Folgendes sind die Entscheidungsgründe:

Nach §. 2 der Verordnung vom 21. Mai 1781 scheint zwar der Zeitpunkt, wo Jemand die Erbschaft eines Verschollenen eigenthümlich oder nutznießlich zuerkannt wird, der zu sein, nach welchem zu beurtheilen ist, wer die Erben des Verschollenen seien; da indessen nach dem gemeinen Rechte diejenigen für die Intestaterben gehalten werden müssen, die es zu der Zeit waren, als der Abwesende das siebenzigste Lebensjahr zurückgelegt hatte, sodann derjenige, welcher einmal immittirt ist, wenngleich durch nachfolgende Sterbefälle ein Anderer näherer Erbe des Verschollenen geworden sein sollte, jedoch forthin als rechtmäßiger Erbe angesehen werden muß, zudem diejenigen, welche vor erfolgter Immission ein gleich nahes Erbrecht hatten, dessen darum nicht verlustig sind, weil sie solches zu gleicher Zeit nicht geltend gemacht haben, indem dasselbe ipso jure auf sie transmittirt worden ist: so ist, wie geschehen, erkannt worden.

Präjudiz 2.

Der Tuchmacher W. zu R. war im Testamente der Witwe K. mit einer Jahresrente von 10 Thalern bedacht worden, welche ihm bis an sein Lebensende zu seiner Unterstützung gereicht werden sollte. Nach dem Tode der Erblasserin hatte W. diese auf ein Grundstück der Erbin intabulirte Rente eine Reihe von Jahren bis 1825 bezogen, war aber dann nach Südamerika ausgewandert, und seitdem gänzlich verschollen. Es wurde ihm daher ein curator absentis bestellt, und dieser klagte 1852 wider den damaligen Besitzer des mit der Rente belasteten Grundstückes auf Nachzahlung der seit 1825 rückständigen Jahresbeträge.

Aus den Motiven des in dieser Rechtssache ergangenen oberstrichterlichen Erkenntnisses heben wir hervor, was folgt:

Das gemeine Recht stellt, im Anschluß an eine bekannte Bibelstelle, zunächst nur den Satz auf, daß ein Menschenleben gewöhnlich nicht über siebenzig Jahre hinausgehe; es werden daher verschollene Personen, seit deren Geburt siebenzig Jahre verstrichen sind, nach erfolglos gebliebener Edictalcitation für todt erklärt. Durch eine rechtskräftige Erklärung dieser Art wird also der Erfahrungssatz, daß in der Regel die Menschen nicht älter werden, für den concreten Fall zu einer Rechtsvermuthung erhoben, und damit festgestellt, der Verschollene werde das gewöhnliche Ziel eines vollen Menschenlebens nicht überschritten haben, er sei mithin jetzt entschieden für todt zu halten und sein Vermögen nunmehr seinen jetzigen Erben zu überweisen. Die weitergehende Annahme, als ob er bis dahin nun auch wirklich gelebt habe, und erst jetzt gestorben sei, liegt hierin nicht, und würde überdies wenig für sich haben, da erfahrungsmäßig die meisten Menschen schon früher sterben. Ob der Verschollene einen bestimmten, zwischen dem Zeitpunkte seines Verschwindens und seinem siebenzigsten Geburtstage liegenden Moment noch erlebt habe, bleibt mithin eine offene Frage, auf welche die später erfolgende Todeserklärung keine Antwort gibt. Diese Frage soll nach einer sehr verbreiteten Ansicht freilich schon deshalb bejaht werden müssen, weil überhaupt jedes Verhältniß, dessen Entstehung erwiesen sei, so lange für existent gelte, bis das Gegentheil dargethan werde; allein die hier aufgestellte allgemeine Präsumtion für das Fortbestehen factischer Zustände von ungewisser Dauer ist durchaus ungegründet.

Vgl. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2. Nr. 5. S. 142.

Erk. des OAG. zu Rostock vom 20. Januar 1855, in S. Buchka und Budde.

Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 1.

VI.

D. Ferner streitet man, ob der Curator eines Verschollenen eine Erbschaft antreten könne*).

Einige meinen, in dem Falle, wo zum Erwerbe der Erbschaft nicht schon der Anfall, sondern eine besondere Antretung erforderlich sei, trete der Grundsatz des römischen Rechts ein: per procuratorem hereditatem acquiri non posse; und dieser Satz werde auch durch die honor. possessio nicht beseitigt.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4. S. 375.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 147.
Glück, Pand. Bd. 33. S. 292.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 42. S. 463 f.
Heise und Cropp, Bd. 2. Nr. 5.

Andere meinen, wenn ein Curator nicht bestellt sei, oder die Antretung versäumt habe, so dürften die Erben des Verschollenen auf Grund der sogenannten transmissio ex capite in integr. restitutionis noch antreten,

Haase, über Edictalladungen und Edictalprozeß Cap. 10. §. 11. S. 135. Not. 103.

sonst aber sei der deutschrechtliche Vormund für einen Abwesenden nach der Praxis, welche bei einem lediglich durch sie gebildeten Institut entscheidend sei, in seiner Amtsführung nicht so beschränkt, wie der römische curator absentis, sondern im Allgemeinen der des Vormundes für einen Minderjährigen gleichzustellen und dieser könne heutzutage ohne allen Zweifel für seinen Mündel Erbschaften ohne dessen Zuziehung antreten.

Kraut, Vormundsch. Bd. 2. S. 262. Not. 22 und 23.
Holzschuher, Th. 3. S. 214.

Präjudiz 1

Nach dem Ableben der Sophie L. meldeten sich auf erlassene Edictalcitation mehre Erben, unter denen auch der Curator zweier abwesenden Mutter-Brüder der Verstorbenen sich befindet. Nach vorgängiger Verhandlung ward Letzteren eine ihrem Verwandtschaftsgrade entsprechende Quote der Erbschaft zuerkannt, jedoch verfügt, daß dieser Antheil so lange unter Verwaltung des Curators der Erbschaftsmasse bleiben solle, bis über den Tod, beziehungsweise die Verschollenheitserklärung derselben das Nöthige entschieden sein werde.

Die Appellation des Curators wurde vom Obergericht zurückgewiesen: „in Betracht, daß nur diejenigen, welche den Erblasser wirklich überlebt haben, dessen Erbschaft erwerben können, hierzu die allgemeine Vermuthung für das Leben der Abwesenden, welche das siebenzigste Lebensjahr noch nicht zu-

*) Die Frage ist alsdann unzweifelhaft zu bejahen, wenn der Verstorbene als suus heres die Erbschaft ipso jure erwirbt, oder da wo deutsches Recht bestimmt, daß wenigstens die Intestaterbschaft durch die bloße Delation schon erworben und der Erbe ipso jure durch den Tod des Erblassers in Nutz und Gewehr derselben gesetzt wird.

Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 466.
Albrecht, die Gewehre §. 6.
Reyscher und Wilda, Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 1. S. 108.

rückgelegt haben, nicht hinreicht, auch Appellant zur Antretung einer auf die abwesenden Gebrüder W. devolvirten Erbschaft nicht befugt war, indem hierzu die Erklärung der Letzteren erforderlich gewesen sein würde, und Appellant diesen Mangel nicht ergänzen kann, weil er nur über die zurückgelassenen Güter, und nicht auch über die Person der Abwesenden zum Curator bestellt ist."

Dieses Erk. wurde vom OAG. Cassel unterm 27. März 1822 bestätigt.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 388.

Präjudiz 2.

Für den abwesenden George H. ward ein Curator bestellt, welcher, nachdem dessen Vater während der Dauer der Curatel verstorben war, Namens seines Curanden mit einer Klage gegen die Geschwister desselben auf Herausgabe des jenem zukommenden Erbantheils an dem elterlichen Nachlasse auftritt, und zugleich ein den Verklagten günstiges Testament als ungiltig angreift, weil sein Curande darin weder zum Erben eingesetzt, noch enterbt sei, zugleich auch bemerkt, dieser selbst hätte, weil er den Tod des Vaters nicht früher erfahren habe, die Klage nicht früher erheben können.

Die Klage wurde als unbegründet zurückgewiesen, dies Erkenntniß auch vom Obergerichte und dem OAG. zu Cassel unterm 23. Febr. 1833 bestätigt. Die Gründe des letzteren höchsten Gerichtshofs sind folgende:

Die cura absentis sei eine bloße Realcuratel, und umfasse überhaupt nur das von dem Abwesenden bei seiner Entfernung zurückgelassene Vermögen; sie erstrecke sich daher weder auf sämmtliches Vermögen eines Abwesenden, welcher dadurch einer freien Disposition über das Seinige, so weit er an deren Ausübung nicht eben durch seine Abwesenheit verhindert sei, durchaus nicht beschränkt werde, noch ermächtige dieselbe den Curator zu einer außer den Grenzen der Verwaltung des zurückgelassenen Vermögens liegenden Vertretung der Person des Abwesenden. Darum fehle es dem Curator an der erforderlichen Legitimation zum Erwerbe neuer Rechte für den Abwesenden, und insbesondere sei er nicht befugt, demselben Erbschaften, welche nicht bereits zur Zeit seiner Entfernung Bestandtheil seines Vermögens geworden waren, zu acquiriren. Dieser Grundsatz, und namentlich daß dem Curator des Abwesenden in einem solchen Falle die Legitimation zur Sache abgehe, sei auch bei dem OAG. schon in einer anderen Sache vom Jahre 1822 (cfr. Präj. 1) als richtig anerkannt. Zwar könnte man eine Verschiedenheit zwischen dem damaligen Falle und dem gegenwärtigen darin finden, daß dort von der Beerbung eines Seitenverwandten die Rede war, wozu eine Erbschaftsantretung, also eine positive Handlung des Erben erforderlich war, hier hingegen der Abwesende als ein suus heres dargestellt werde, welcher einer solchen zum Erwerbe der Erbschaft gar nicht bedürfe; und wenn die Meinung der Rechtslehrer, welche den Curator zur Empfangnahme der durch den Tod des Erblassers ipso jure dem Abwesenden anfallenden Erbschaften mit der Wirkung, solche auf dessen Erben zu transmittiren, für befugt halten, lediglich durch die Vorschrift der

L. 90 pr. de acquir. vel omitt. hered.,

daß eine Erbschaft durch einen Curator nicht erworben werden könne, widerlegt werden sollte, so möchte wohl dieser Grund als ungenügend erscheinen, da zu einem Erbschaftserwerbe der gedachten Art eine Willenshandlung des Berechtigten, ja selbst daß er von dem Anfalle Wissenschaft habe, gar nicht nöthig sei, mithin der Curator, indem er den Erbtheil des Abwesenden in Empfang nehme, nicht erst denselben erwerben, sondern nur einen, schon ohne sein Zuthun dem Abwesenden erworbenen Vermögenstheil einziehen würde. Es lasse sich jedoch der Mangel der Legitimation des Curators auch in Beziehung auf eine dem Abwesenden als suus heres anfallende Erbschaft daraus herleiten, daß eine wesentliche Voraussetzung bei jedem Erbschaftserwerbe in der vorhandenen Gewißheit darüber bestehe, daß der Erbe den Erblasser überlebt habe, die Ungewißheit darüber, ob der Abwesende noch lebe oder todt sei, aber das Charakteristische der Verschollenheit ausmache, und daher ein curator absentis einen durch die Gewißheit des Lebens bedingten Anspruch nicht verfolgen könne, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, und den Grund seiner eigenen Existenz anzugreifen. Auch passe der von dem OAG. in der erwähnten früheren Sache gebilligte Entscheidungsgrund der vorigen Instanz, daß nur diejenigen, welche den Erblasser wirklich überlebt haben, dessen Erbschaft erwerben können, und hierzu die allgemeine Vermuthung für das Leben der Abwesenden, welche das siebenzigste Jahr noch nicht zurückgelegt haben, nicht hinreiche, auf ipso jure zu erwerbende Erbschaften ganz ebenso, wie auf solche, bei welchen noch eine Antretung hinzukommen muß. Wenn aber dort weiter angeführt sei, daß der Curator auch zur Antretung einer devolvirten Erbschaft nicht befugt gewesen sei, so habe dies nur noch zur Bestärkung der schon durch jenen ersten Satz begründeten Ansicht dienen können.

Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 4. S. 396.

Präjudiz 3.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Der Anfall einer Erbschaft setzt voraus, daß derjenige, dem die Erbschaft anfällt, den Erblasser überlebt habe.

Wenn gleich ein Verschollener, bis dessen Tod erwiesen worden, oder derselbe das siebenzigste Lebensjahr erreicht hat, rechtlicher Vermuthung nach für lebend zu halten ist, so gilt diese Vermuthung doch nur in Rücksicht auf die von ihm vor seiner Entfernung erworbenen und zurückgelassenen Güter, welche bis dahin unter öffentlicher Aufsicht für ihn aufzubewahren und zu verwalten sind, nicht aber auch rücksichtlich auf seine Person und auf seine persönlichen Verhältnisse, aus welchen Erwerbungen möglich sind. In Ansehung dieser tritt bis zu jenem Zeitpunkte weder für das Leben noch für den Tod eine rechtliche Vermuthung ein, sondern wer auf das eine oder das andere einen Anspruch gründet, muß den Beweis führen. Deßhalb kann auch der, welcher für einen Verschollenen eine Erbschaft antreten will, dazu vor dem Beweise des Lebens desselben nicht gelassen werden.

Auch ist die Willenserklärung desjenigen, dem die Erbschaft angefallen ist, zu der Antretung erforderlich; der nicht die Person des Abwesenden, sondern nur das von demselben zurückgelassene Vermögen vertretende Curator ist aber in dieser Eigenschaft auch zu solcher Willenserklärung nicht befugt.

Wäre in des Erblassers Testamente dem Verschollenen, statt daß ihm bloß dasjenige, was er empfangen, mit der Bestimmung, damit sich zu begnügen, als sein Erbtheil angerechnet worden, ein aus dem Nachlasse noch zu verabfolgender Erbtheil ausgesetzt, also wirkliches Vermögen für ihn, falls er noch lebte, vorhanden: so würden dem Curator der einstweilige Besitz und die Verwaltung dieses Vermögens, jedoch nicht dessen definitiver Erwerb, zu verstatten sein; ein solcher Vermögensanfall ist jedoch nicht erfolgt. Sehr verschieden davon ist die von dem Appellanten erhobene Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, ein auf unsichere Voraussetzungen — wie nicht nur des Lebens und des Willens des Verschollenen, sondern auch der wirklichen Verkürzung im Pflichttheile — gegründeter Anspruch, dessen Verfolgung dem Verschollenen selbst gegen diejenigen, mit welchen er zu dem Nachlasse concurrirt, wie die Verfolgung etwaniger ähnlicher Ansprüche, eventuell zu überlassen ist.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel vom 10. Juli 1838, in S. Minderlein c. Bahns.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 49

Präjudiz 4.

Da die Abwesenheit keine Vermuthung für den erfolgten Tod des Abwesenden begründet, so ist die demselben deferirte Erbschaft eine hereditas vacens, und muß als solche unter Curatel bleiben, bis dessen Tod nachgewiesen oder dessen Todeserklärung ausgewirkt worden ist.

Es erstreckt sich aber das deutschrechtliche Institut der Curatel in Beziehung auf einen Verstorbenen nicht bloß auf das von demselben erworbene Vermögen, sondern auch auf eine ihm angefallene Erbschaft, so daß die eventuell Berech-

tigten auf diese Curatel hinsichtlich der letztern, unter den geeigneten Voraussetzungen*), Anspruch haben.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 29. Mai 1845
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 257.

*) Im Gutachten war auf Pfeiffer. prakt. Ausführ. Bd. 2 Abth. 3 und auf den dorin zu Grund gelegten Satz Carpzov's Bezug genommen: „generali quadam horum aliorumque multorum locorum consuetudine obtinuit, portionem hereditariam, in divisione absenti delatam, curae et custodiae committi eorum, qui sunt heredes proximiores, sub praestita cautione, se, reverso eo, portionem hanc ipsi restituere velle."

Vergl. Bruns, die Verschollenheit im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (von Bekker und Muther) Bd. 1. S. 90 f.

Präjudiz 5.

In einem gegebenen Falle wurde von den eventuell berufenen Halbgeschwistern des Erblassers bei dem Verlassenschaftsgerichte beantragt:

den abwesenden G. H. K. (vollbürtigen Bruder des Erblassers) edictaliter aufzufordern, sich über die Antretung oder Ausschlagung der ihm möglicher Weise (falls er seinen Bruder, den M. K., wirklich überlebt haben sollte) angefallenen Erbschaft des Letzteren zu erklären, widrigenfalls jener Nachlaß, vorerst ohne Rücksicht auf den Verschollenen, an die nächstfolgenden Intestaterben vertheilt werden solle . . .

Diesem Antrage wurde nicht stattgegeben, indem die Vorladung eines abwesenden präsumtiven Erben zu dem erwähnten Zwecke und unter dem gedachten Rechtsnachtheil überhaupt unstatthaft sei, auch eine Verschollenheitserklärung nur bei dem zuständigen Gerichte des Abwesenden auszuwirken sein würde.

Dagegen wurde (bezüglich eines eventuellen Antrags) angenommen, daß Gesuche um Zulassung zur deutschrechtlichen Curatel über die liegende Erbschaft bei dem Verlassenschaftsgerichte anzubringen seien.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 22. Mai 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 258.

Präjudiz 6.

Der Antrag auf Todeserklärung eines Verschollenen steht nicht bloß den nächsten Erben, sondern zugleich allen denen zu, welche ein rechtliches Interesse dabei haben. Zu solchen Betheiligten gehört auch, um von der Vermögensverwaltung liberirt zu werden, der Curator des Verschollenen, zumal die Curatel für Abwesende keine Personal-, sondern eine Vermögens-Curatel ist.

L. 22. §. 1 D. de reb. auct. jud. poss. 42. 5.
L. 6 §. 4 D. de tutel. 26, 1.
L. 3 C. de postlim. revers. 8. 51.

. . . Das Verfahren behuf Todeserklärung ist nicht als ein contradictorisches, vielmehr lediglich als ein extrajudicielles zu betrachten. Der Bestellung eines Specialcurators bedarf es daher, wenn der Curator selbst um die Todeserklärung nachsucht, nicht; gleichwohl bleibt dem Gerichte unbenommen, in solchen Fällen die ihm etwa bekannten nächsten Erben und Angehörigen des Verschollenen zu dem Verfahren von Amtswegen zuzuziehen.

Refer. des OLG. zu Wolfenbüttel vom 26 Februar 1846, die Extrajudicial Appellation des ic. Lindemann betreffend.

Präjudiz 7.

In einer in der juristischen Zeitung für das Königreich Hannover Jahrg. 1832. H. 2. S. 29 mitgetheilten Entscheidung ist ausgesprochen:

Ein curator absentis ist nicht befugt, eine seinem abwesenden Curanden angefallene Erbschaft förmlich anzutreten, und die Creditoren des Abwesenden können eben so wenig ein Erbrecht Namens ihres Schuldners ausüben. Dagegen sind solche Erbschaften, welche zu ihrer Erwerbung keiner Antretung bedürfen, sondern ipso jure erworben werden, als auf den Abwesenden vererbt und den Ansprüchen seiner Gläubiger unterworfen anzusehen.

Verschwender, deren Erbschaftserwerb, s. Erwerb des Erbrechts c. 4.

— — deren Testamentifaction, s. testamenti factio activa c. 12.

— — ob ihm pupillariter substituirt werden darf, s. substitutio quasi pupillaris c. 9.

Versiegelung, ob solche bei Inventuren erforderlich sei? s. beneficium inventarii c. 17. 18.

Versöhnung, s. Enterbungsursachen c. 28.

Vertilgung der Erbeseinsetzung, s. Testamente, deren Ungiltigkeit c. 3.

Vertrag über Erbtheilung bei uneröffneten Testamenten, s. Testamente, deren Anerkennung.

Vertragserbe, ob er vom Legatar die cautio legatorum servandor. fordern könne? s. cautio leg. serv. c. 4.

Verurtheilte, zu einer Capitalstrafe — deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, absolute c. 7.

Verwandte, rechtliche Bedeutung und wer unter „nächste Verwandte" zu verstehen sei, s. Auslegung letztwilliger Verordnungen c. 1.

Verwandtschaft, mehrfache, s. Intestaterbfolge, mehrfache Verwandtschaft.

Verzicht der Enkel, s. Erbverzichte c. 5.

— — der Kinder, ob solcher den Enkeln schade, s. Erbverzichte c. 6.

— — auf die quarta Falcidia, s. quarta Falcidia c. 8. 11. 12.

— — auf die querela inoff. test., s. querela inoff. test. c. 23. 24.

Vorbehalt einer Vermögensquote bei Erbverträgen, s. Delation der Erbschaft c. 6.

Vorlesung der Testamente, s. öffentliches Testament c. 1.

Vormundschaft, deren Anordnung im Testament der Eltern unter Kindern, s. testamentum parent. inter liberos.

Vulgarsubstitution, ob dadurch eine Präterition im ersten Grade geheilt werde? s. Notherbenrecht C. c. 8.

Vulgo quaesiti, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, relative c. 5; desgl. Intestaterbfolge, erste Klasse c. 6.

W.

Wahnsinnige, deren Erbschaftserwerb, s. Erwerb des Erbrechts c. 5. 7. 8. 9.

Waisen, **Waisenanstalten**, deren Erbeinsetzung, s. Erbunfähigkeit B. c. 9.

Wechselseitige Testamente *).

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4. Nr. 29.
Hasse im rhein. Mus. Jahrg. 3. S. 239—243 u. S. 490 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 54 f. Bd. 38. S. 214.
Deiters, de dispos. hereditar. simult. pact. quaest. III. (1837).
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 889.
Sintenis, Civilrecht §. 178.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. Abth. 1. S. 325.

I.

Streitig ist, ob es schon nach römischem Rechte gestattet sei, wechselseitige Testamente zu errichten.

Einige behaupten dies und nehmen an, daß es nach römischem Rechte nicht bloß den Ehegatten, sondern auch Brüdern und Freunden gestattet gewesen sei, gemeinschaftlich und in derselben Urkunde zu testiren. Man beruft sich auf L. 70 D. 28, 5. L. 26 D. 39, 6. L. 19 C. 2, 3 und vorzüglich Nov. Valentiniani III. tit. 20 de testamentis const. 1. §. 1. 2. 3.

Cujacius, obs. lib. 16. c. 39.
Günther, princ. jur. Rom. §. 725.
Westphal, von Testamenten §. 309.
Böttger, diss. de natura et indole testam. corrospect. §. 7 u. §. 10—12.
Walch, introd. in controv. jur. civ. sect. II. cap. IV. membr. 3. §. 25. p. 316 sq.
J. S. Stryk, de test. conjug. reciproc. §. 74.

Es sei wenigstens die gemeinschaftliche Testamentserrichtung von Seiten Mehrer, wenn auch im römischen Rechte nicht erwähnt, doch demselben keineswegs zuwider.

Schweppe, röm. P.-R. §. 824.
Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 441.

Andere meinen, die gedachte Nov. Valent. sei in den Justinianischen Codex nicht aufgenommen, und könne deshalb daraus nichts abgeleitet werden. Gemeinschaftliche Testamente in derselben Urkunde, welche keine weitere Beziehung auf einander hätten, als die, welche in der gemeinschaftlichen Errichtung in Einem Acte liege, habe das römisch-justinianische Recht um je weniger dulden können, je mehr die Form des römischen Testaments einem solchen gemeinschaftlichen Testamente widerstanden habe; es würde überdies die Ungereimtheit daraus entstanden sein, daß nach dem Tode des Einen auch das Testament des Ueberlebenden hätte mit eröffnet werden müssen, wenn nicht jedes Testament besonders versiegelt, und die Eröffnung seines Testaments von dem Ueberlebenden besonders verboten worden wäre. — Der Ursprung der vorzüglich unter Ehegatten vorkommenden gemeinschaftlichen und wechselseitigen Testamente sei vielmehr in einem längst vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland bestehenden deutschen Gewohnheitsrechte zu suchen.

Stryk, diss. de test. conjug. recipr. §. 5 u. 6.
Huber, praelect. ad Inst. lib. 2. tit. 10. §. 19.
Hasse im Rhein. Mus. Jahrg. 3. S. 239 f.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 54
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 889.
Beseler, Erbverträge Bd. 2. Abth. 1. S. 325.

Siehe Präj. 3 zu Controv. 4.

II.

Streitig ist, ob es auch andere gemeinschaftliche Testamente (mutua, simultanea) als wechselseitige, d. h. solche, worin sich die Testatoren gegenseitig zu Erben einsetzen, gebe.

Einige halten dergleichen gemeinschaftliche Testamente, also auch solche, worin sich die Testatoren gegenseitig nicht zu Erben einsetzen, und welche widerruflich seien, für statthaft.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 441.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 50 und die Not. 7 Aufgef.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 462.

Andere meinen, die Fälle der gemeinschaftlichen Testamente, von welchen uns seit Marculf (Mitte des 7. Jahrh.) Kunde werde, seien eben durch die gegenseitige Erbeinsetzung ausgezeichnet, und sogar fast nur zwischen Ehegatten, Geschwistern und anderen einander nahe verbundenen Personen errichtet worden, so daß bei der einmal geschehenen Abweichung vom römischen Rechte, nun auch streng an diese eigenthümliche Art der wechselseitigen Testamente, wie sie sich constant gebildet habe, gehalten werden müsse. Wenn die Gegner dieser Ansicht durch die Ueberschrift der Formeln Marculf's Qualiter in uno volum. test. duarum personarum condatur sich verleiten ließen, diese Worte in weiterem Sinne zu verstehen, so sei dieses willkürlich, weil der Inhalt dieses ältesten Zeugnisses nur ein gegenseitiges Testament zweier Ehegatten ergebe.

Puchta, Vorles. II. S. 358.
Sintenis, Civilrecht §. 178. Not. 1.
Hasse im rhein. Mus. Bd. 3. S. 239 u. 490.

Präjudiz 1.

Wenngleich von vielen Rechtsgelehrten die Ansicht vertheidigt wird, daß ein gegenseitiges Testament dann unwiderruflich werde, wenn der überlebende die Erbschaft des andern Testirers aus diesem Testamente wirklich erworben hat: so unterliegen doch bloß gemeinschaftliche Testamente unbestritten den Grundsätzen der Widerruflichkeit letzter Willen

*) Das Schwanken über den Standpunkt zur Beurtheilung der Natur der wechselseitigen Testamente hat zahlreiche Controversen über Einzelnes entstehen lassen. Manche davon sind allerdings unausbleibliche Folge der Eigenthümlichkeit einer solchen Verbindung zweier Testamente; denn diese führt nothwendig Situationen herbei, in welchen die Anwendung allgemeiner Regeln des testamentarischen Gebrechts manches Ueberraschende und Bedenkliche zu haben scheinen kann. Die größte Zahl der Controversen ist aber durch die Einmischung vertragsartiger Elemente und durch die Annahme eines bindenden Moments veranlaßt, wodurch die Testatoren in der freien Befugniß, anderweitig letztwillig zu verfügen, behindert seien und darauf verzichtet hätten. Hält man den Charakter solcher letztwilligen Verfügungen als Testamente fest, und zieht man von diesem Standpunkt aus die Consequenzen, wobei nur für die correspectiven Testamente hinzuzunehmen ist, daß danach die Existenz und einstige Wirksamkeit eines jeden für das andere dergestalt als Voraussetzung erscheint, daß mit dem Wegfall dieser Wirksamkeit für das eine das andere wegen Deficirens der Voraussetzung nun ebenfalls seine Kraft verliert, — einerlei wann dies eintrete — so vermeidet man das Gewimmel von Controversen, in welches man auf jenem Wege geräth. Dieses concentrirt sich besonders um die Frage von der Widerruflichkeit wechselseitiger Testamente, in welchen das Eigenthümliche derselben, sowohl wegen der Möglichkeit, als der Folgen des Widerrufs sich in seiner praktischen Spitze zeigt.
Sintenis, Civilrecht §. 178. Not. 1 am E.

Diese Widerruflichkeit tritt bei gemeinschaftlichen Testamenten, welche Eheleute errichtet haben, auch dann ein, wenn darin dem überlebenden Gatten der Nießbrauch am Vermögen des anderen zugesichert war. Es kann daraus eine Unwiderruflichkeit des Testamentes für den überlebenden Ehegatten deßhalb nicht gefolgert werden, weil sich von einem blaßen Vermächtnisse und von einer solchen, auch bei beerbter Ehe gar nicht ungewöhnlichen, Disposition nicht behaupten läßt, daß sie bloß in der Erwartung und unter der stillschweigenden Bedingung angeordnet sei, daß der Ueberlebende seine Disposition nicht ändere, und daß sie sonst gar nicht würde angeordnet sein.

Erk. des OAG. zu Jena vom 21. Juli 1831, in S. Karl Frdr. Herzau und Genoss. c. Gottlob Wilhelm Herzau und Gen.

Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 200.

Präjudiz 2.

Nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz ist das von den Pf.'schen Eheleuten unterm 20. November 1848 errichtete Testament kein testamentum correspectivum, sondern ein bloßes testamentum simultaneum, d. h. ein solches, welches zwei für sich bestehende Testamente enthält, deren jedes bloß für die besondere Erbschaft jedes einzelnen disponirenden Theiles gilt. Das charakteristische Merkmal des testamenti correspectivi besteht darin, daß die Giltigkeit und Wirksamkeit des einen Testaments von der Giltigkeit und Wirksamkeit des andern abhängt, und dies ist der Fall, wenn nach den jedesmaligen besonderen Verhältnissen wahrscheinlich ist, daß der eine Testator nicht so, wie geschehen, disponirt haben würde, wenn er nicht vorausgesetzt hätte, daß es bei der correspondirenden Verfügung des andern Testators sein Verbleiben haben sollte. An einem solchen Merkmale gebricht es aber in der vorliegenden Sache gänzlich.

Zuvörderst ist darauf aufmerksam zu machen, daß, da die Pf.'schen Eheleute sich nicht gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, der Fall gänzlich ausgeschlossen ist, daß die zuletzt verstorbene Pf.'sche Wittwe durch Antretung des Nachlasses ihres vorher verstorbenen Ehemannes verbindlich geworden sein könnte, die letztwilligen Dispositionen des Letzteren auch in soweit anzuerkennen, als sie auf ihr eigenes Vermögen sich beziehen, und es kann daher die Frage dahin gestellt bleiben, ob, wenn dies der Fall wäre, die von dem Ehemanne über das Vermögen seiner Ehefrau getroffenen Verfügungen in ihrem vollen Umfange, oder bloß in so weit für giltig zu betrachten sein würden, als die Frau nach den in

§. 1. Inst. de singul. rebus per fideic.
L. 25 Cod. de fideicomm.
L. 114. §. 7 D. de leg. I.
L. 70. §. 2 in f. L. 77. §§. 24. 31 D. de leg. II.
L. 1. §. 17 D. ad SC. Trebell.
L. 41. §. 3 D. de vulgari subst.
L. 24. §§. 14 19. 20. 22 D. de fideic. libert.
L. 70. §§. 1. 2 D. de leg. II.

aufgestellten Grundsätzen aus dem Nachlasse ihres Ehemannes so viel erhalten hätte, daß sie für die Aufopferung ihres Vermögens vollständig entschädigt wäre.

Nun läßt sich zwar denken, daß ein von mehreren Personen gleichzeitig errichtetes Testament, auch abgesehen von dem vorstehend betrachteten Verhältnisse, die Eigenschaft eines testamenti correspectivi haben kann, und dies ist namentlich dann der Fall, wenn entweder die Testatoren ausdrücklich dahin mit einander übereingekommen sind, daß sie zum Besten einer dritten Person über ihren beiderseitigen Nachlaß, als ein untrennliches Ganze verfügen wollen, oder der Inhalt des gleichzeitig errichteten Testamentes ein sicheres Kennzeichen dafür enthält, daß die Testatoren in diesem Sinne, gleichsam in stillschweigender Voraussetzung eines solchen Uebereinkommens, disponirt haben. Daß der erstere Fall hier vorliege, ist nirgends in den Acten mit Bestimmtheit behauptet worden. Es kann sich daher nur um die Frage handeln, ob der letztere Fall vorhanden sei. Für die Bejahung dieser Frage ließe sich geltend machen, daß

1) die Pf.'schen Eheleute in §. 2 des fraglichen Testamentes den Beklagten als Erben ihrer zu verlassenden Habe eingesetzt haben, und

2) von denselben in §. 5 noch insbesondere bestimmt worden ist, daß nach ihrem beiderseitigen Ableben ihr eingesetzter Erbe Legate an die Ortsarmenkasse und die Kirche auszahlen solle.

Indessen ist dies für entscheidend nicht anzusehen.

Soviel das Moment

ad 1.

anlangt, so gestattet die Wortfassung eine doppelte Interpretation, nämlich, es solle der Beklagte Erbe der Verlassenschaft beider testirenden Theile, als eines ungetrennten Ganzen, sein, oder auch, der Beklagte solle die von beiden Ehegatten hinterlassenen Verlassenschaften als zwei für sich bestehende Vermögensobjecte erben. Wäre die erstere Erklärung die richtige, so ließe sich vielleicht aus der fraglichen Testamentsbestimmung ein Argument für die Behauptung, daß das Testament ein correspectives sei, ableiten. Allein dafür, daß diese Erklärung vor der zweiten den Vorzug verdiene, fehlt es an jedem ausreichenden Anhalten, und da nun eben, wie bereits bemerkt worden ist, aus dem Inhalte eines von mehren Personen gleichzeitig errichteten Testamentes auf die Correspectivität des letzteren bloß dann geschlossen werden kann, wenn nach den Worten des Testamentes nicht zu bezweifeln ist, daß die Testatoren ihre eigenen Dispositionen von den Dispositionen der übrigen mittestirenden Personen abhängig zu machen beabsichtigt haben, so fällt der aus der angegebenen Wortfassung abgeleitete Grund hinweg, weil zwei Erklärungen möglich sind, welche beide gleichviel für sich haben.

Angehend ferner das Verhältniß

ad 2.

so läßt sich zwar darüber, ob und in wie weit die ausgesetzten Legate gegenwärtig, nachdem die Pf.'sche Wittwe anderweit testirt hat, noch bestehen, zweifeln. Für die vorliegende Frage hängt aber davon etwas nicht ab, weil es sich dabei um eine Beschwerung des Beklagten, nicht um eine solche der Pf.'schen Wittwe handelt, und auch abgesehen davon, daß in jedem Falle bloß der aus dem Nachlasse der Pf.'schen Wittwe zu gewährende Beitrag zu den fraglichen Vermächtnissen dabei in Frage kommen könnte, eine Verbindlichkeit der gedachten Wittwe zu Gewährung dieser Vermächtnisse die Erbeinsetzung derselben in dem Testamente ihres Ehemannes voraussetzen würde.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz, daß die Pf.'sche Wittwe zu der Errichtung eines anderweiten Testamentes allerdings berechtigt gewesen ist und der Beklagte aus dem gemeinschaftlichen Testamente der beiden Pf.'schen Eheleute keinen Anspruch auf den Nachlaß der zuletzt verstorbenen Wittwe machen kann. Hiermit steht das Präjudiz im Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1844 S. 139 f. nicht im Widerspruche, indem in dem dort entschiedenen Falle mehre Umstände für die Correspectivität des in Frage stehenden Testamentes sprachen, welche hier fehlen, z. B. der Umstand, daß die Testatoren sich zwar nicht gegenseitig zu Erben eingesetzt, wohl aber wegen ihres gegenseitigen Erbrechtes dies sich als selbstverstehend vorausgesetzt hatten, und der Umstand, daß sogar die Publication des gemeinschaftlichen Testamentes bis zur Zeit des Todes des zuletzt Versterbenden hinausgeschoben war.

Urthel des OAG. zu Dresden vom Monat Mai 1855, i. S. Joh. Gottl. Brause's c. Gottfr. Köhler u. Cons.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen. N. F. Bd. 14. Hft. 3. Nr. 115. S. 269 f.

III.

Ist bei einem wechselseitigen Testamente eine jede von beiden Testatoren geschehene Erbeinsetzung bloß unter der Voraussetzung geschehen, daß der Andere sein Testament nicht ändern werde, so heißt ein solches Doppeltestament testamentum correspectivum.

Streitig ist, ob die testamenta reciproca im Zweifel als testamenta correspectiva anzusehen seien.

Einige meinen, obgleich die Frage: ob ein testam. reciprocum auch ein correspectivum sei, mehr quaestio

facti als juris sei, indem die Beurtheilung, ob die eine Disposition von der anderen abhängig gedacht sei, ob sie mit ihr stehen oder fallen solle, aus dem wesentlichen Inhalte und Ausdrucke geschöpft werden müsse, so sei doch im Zweifel das gegenseitige Testament für correspectiv zu halten.

Puchta, Lehrbuch §. 474.
Schweppe, röm. P.-R. §. 824.
Rosacker, princ. jur. civ. §. 1360.
Mackeldey, Lehrbuch §. 649.

Andere meinen, wechselseitige Testamente seien nur dann für correspective zu halten, wenn die Absicht der Parteien, ein correspectives Testament zu errichten, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sei, z. B. die ausdrückliche Erklärung, ein correspectives Testament errichten zu wollen, geschehe durch die Beifügung der Clausel, daß, im Falle einer der beiden Testatoren seinen letzten Willen ändern sollte, auch der letzte Wille des Anderen sofort für aufgehoben erachtet werden solle, oder auch dadurch, daß jeder der beiden Testatoren in seinem Testamente ausdrücklich sage, daß dasselbe nur in sofern gelten solle, als der Andere sein Testament nicht abändern würde. Stillschweigend werde die Absicht, ein correspectives Testament errichten zu wollen, dadurch zu erkennen gegeben, daß in dem wechselseitigen Testamente solche Anordnungen getroffen würden, die jenen Willen unzweifelhaft erkennen lassen. Dies sei der Fall, 1) wenn die Verfügung der beiden Testatoren nicht bloß allein zum Besten des Ueberlebenden, sondern auch zum Besten der beiderseitigen Verwandten oder auch eines Dritten gereiche, an welche nach dem Ableben des Letztlebenden das Vermögen Beider kommen solle. 2) Es könnten aber auch wechselseitige Testamente, welche eine bloße einfache gegenseitige Erbeinsetzung, ohne eine solche Substitution der Verwandten der Testatoren, enthielten, die Natur correspectiver haben, wenn die Umstände mit Zuverlässigkeit darauf schließen lassen, daß jeder der beiden Testatoren sein Testament mit Rücksicht auf das Testament des Andern errichtet, und daß er den Andern bloß deshalb zum Erben eingesetzt habe, weil dieser dasselbe gegen ihn ebenfalls gethan, folglich beide Testatoren darauf rechnen könnten, daß keiner von beiden seine zu Gunsten des Andern getroffene Verfügung wieder ändern wolle.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 891.
Thibaut, System §. 955.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 35. S. 62.
Struben, rechtl. Bed. Th. 4. Nr. 196.
Leyser, sp. 359. med. 5. sp. 449. med. 8. 9 u. 10.
Hasse im rhein. Mus. Bd. 3. S. 250.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahr. in nicht streit. bürgerl. Rechtss. §. 248 a. E.

Präjudiz 1.

Die Eigenschaft eines correspectiven Testamentes gemeinschaftlich testirender Ehegatten ist anzunehmen, wenn aus dem Zusammenhange erhellt, daß jeder der beiden Ehegatten gerade so, wie geschehen, zu verfügen wesentlich durch den Umstand bewogen wurde, daß auch der andere Gatte gerade so, wie geschehen, disponirte. Dergleichen correspective Testamente werden für den überlebenden Testator, sobald dieser die ihm vom vorverstorbenen vermachten Vortheile angenommen hat, dergestalt unwiderruflich bindend, daß derselbe nicht mehr befugt erscheint, anderweit abändernd letztwillig zu verfügen. Diesem steht es nicht entgegen, daß etwa dem überlebenden Ehegatten in dem Testamente das Recht eingeräumt wäre, über den Nachlaß des Vorverstorbenen nach Gefallen zu disponiren. Wenn darüber, wer für den Todesfall den beiderseitigen Nachlaß haben sollte, eben im Testamente selbst umfassende Anordnungen getroffen waren, hinsichtlich deren im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß deren Bestehen alsbald wieder in die Willkür des überlebenden Theils gesetzt werden soll, so ist jene eingeräumte Dispositionsbefugniß nur auf Verfügungen unter Lebenden, nicht auch auf solche von Todeswegen zu beziehen.

Obergerichtserkenntniß, unter Bezug auf dessen Motive bestätigt durch Erk. des OAG. zu Cassel vom 24. Dec. 1840.
Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 93.

Präjudiz 2.

Der Pfarrer Zinn hatte mit seiner Ehefrau ein reciprokes Testament im Jahre 1751 errichtet und beim Amte deponirt. Danach sollte der überlebende Ehegatte im Besitze und Genuß des gesammten Vermögens lebenslänglich verbleiben; wenn demnächst der überlebende Ehegatte versterbe, so solle das sämmtliche Vermögen beider Ehegatten nach Abzug der Schulden und der ausgesetzten Vermächtnisse „unter der Testirer im Leben seiende leibliche Geschwister oder deren Kinder in die Stämme, mithin beiderlei Freundschaften, in zwei gleiche Theile dergestalt vertheilt werden, daß die Halbschied davon wiederum unter des Mannes und der Frau leibliche Geschwister und deren Kinder, in aequales partes ausgeschlagen werden solle." Unter den Vermächtnissen befand sich eins von 1500 Fl., welche der Zinn'schen Linie, die sich in fünf Branchen, nämlich die Dechant Roth'sche, Stadtvoigt Kraus'sche, Kastner Kreiß'sche, Verwalter Bernbold'sche und Kammerrath Zinn'sche theilte, als ein Prälegat ausgesetzt. — Im Jahre 1756 starb der Pfarrer Zinn; dessen Wittwe starb 1788, nachdem sie noch verschiedene Codicille gemacht. Nach ihrem Tode entstanden zwei Processe, nämlich einer über das Successionsrecht unter den Collateralverwandten Zinn'scher Seits, der andere zwischen den beiderseitigen Erben der Testirer über die Erbtheilung.

Die Zinn'schen Verwandten, welche den Tod der Wittwe überlebten, waren theils von dem verstorbenen Pfarrer Zinn Bruder- und Schwester-Kinder, andern Theils nur Geschwister Kindes-Kinder. Obgleich im Testamente der Zinn'schen Geschwister und deren Kinder gedacht war, so verlangten doch auch die Zinn'schen Geschwister Kindeskinder aus einem Transmissionsrechte für Miterben erklärt zu werden. Sie führten an, daß ihre Eltern als Geschwisterkinder von dem verstorbenen Pfarrer Zinn, zur Zeit seines Todes noch am Leben gewesen, mithin ihnen durch den Tod des Testirers ein Erbrecht auf die Hälfte des gesammten Vermögens deferirt sei, welches sie auf ihre Descendenten transmittirt hätten. Denn es sei nicht der Erbesanfall — delatio — sondern bloß die Erbvertheilung bis nach beider Eheleute Ableben aufgeschoben werden, folglich könne hier von keiner Bedingung die Rede sein. Die Zinn'schen Eheleute hätten sich gegenseits nicht sowohl zu Erben eingesetzt, als vielmehr einander bloß den Besitz und Genuß des gesammten Vermögens auf Lebenszeit hinterlassen. Dagegen hätten die Testirer ihr gesammtes Vermögen in zwei Theile getheilt; zur Hälfte habe der Ehemann seine nach seinem Tode noch am Leben seienden Geschwister oder deren Kinder, sowie die Ehefrau zur andern Hälfte ihre nach ihrem Tode am Leben seienden Geschwister und Geschwisterkinder zu Erben ernannt. Ihre Eltern wären also pure instituirt. Das wegen nicht eröffneten Testaments die Antretung der Erbschaft beim Leben ihrer Eltern nicht geschehen, könne ihnen nicht präjudiziren, weil auch eine noch nicht angenommene Erbschaft auf die Erben transmittirt werde, wenn der Erbe durch entschuldbare Ursachen an der Antretung verhindert sei.

Das Erlanger Spruchcollegium erkannte rücksichtlich der vorzunehmenden Erbtheilung, daß von der gesammten Erbmasse nur diejenigen Vermächtnisse zu berechnen seien, welche von beiden Pfarrer Zinn'schen Eheleuten gemeinschaftlich sowohl in dem testamento reciproco, als in dem demselben beigefügten Codicill angeordnet worden, und daß nach deren Abzug die den Zinn'schen Erben männlicher Linie gebührende Hälfte

des gesammten Nachlasses unter die Kammerrath Zinn'schen Relieten, als die noch am Leben seienden Geschwisterkinder des verstorbenen Pfarrer Zinn, und zwar vermöge der unter einander getroffenen Vereinigung nach Köpfen zu vertheilen sei; dahingegen diejenigen Vermächtnisse und Schenkungen, welche die Ehefrau Zinn nach ihres Ehemannes Tode einseitig gemacht, sich nur allein die Erben derselben an ihrer Hälfte abzuziehen schuldig seien; und zwar aus folgenden Gründen:

Es verstand sich von selbst, daß von der gesammten Erbmasse nur allein diejenigen Vermächtnisse vorerst abgezogen werden konnten, welche in dem reciproken Testamente sowohl als in einem demselben nachher beigefügten Codicille vom 20. Sept. 1735 gemeinschaftlich von beiden Zinn'schen Eheleuten angeordnet waren. Diejenigen Vermächtnisse, welche die Fiduciarerbin während ihres Wittwenstandes einseitig verordnet hatte, müssen die Verwandten ihrer Seits entrichten. Denn ein testamentum reciprocum zweier Ehegatten, wenn es gleich in einer Schrift errichtet worden, enthält dennoch zwei ganz verschiedene Testamente, cum duae sint personae testantes et duae hereditates. Es stand daher dem überlebenden Ehegatten zwar frei, sein in diesem testamento reciproco errichtetes Testament, als einen bloßen letzten Willen, der kein verbindliches acceptirtes Versprechen enthält,

L. 21. §. fin. D. qui testam. facere poss.

nach Belieben zu ändern, und über seine Hälfte und Vermögen anderweite Verfügungen zu treffen, cum ambulatoria voluntas defuncti sit, usque ad supremum vitae exitum.

L. 4 D. de adim. et transf. leg.

Diese Befugniß der Ehefrau Z. konnte um so weniger bezweifelt werden, da die testirenden Eheleute schon in ihrem testamento reciproco die Freiheit, ihren letzten Willen nach Gefallen zu ändern, sich ausdrücklich vorbehalten hatten. Allein da das Testament des zuerst verstorbenen Pfarrers Zinn durch den Tod desselben dergestalt bestätigt wurde, daß dasselbe zum Nachtheil seiner Erben und Verwandten in Ansehung der ihnen daraus zustehenden Hälfte des Vermögens von dem Ueberlebenden nicht weiter geändert werden konnte, so war die Wittwe Z. nicht befugt, diese, den Verwandten männlicher Seits, als ein Fideicommiß, hinterlassene Hälfte des Zinn'schen Vermögens mit Vermächtnissen zu beschweren. Es müssen daher die Erben der Ehefrau Z. alle die von ihr nach ihres Mannes Tode verordneten Vermächtnisse an ihrer Hälfte sich abziehen lassen.

Geiger u. Glück, Rechtsf. Bd. 1. S. 111 f.

Präjudiz 3.

Bei wechselseitigen Testamenten, in welchen die Testirenden zunächst sich gegenseitig zu Erben einsetzen, und dann gemeinschaftlich bestimmen, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Ueberlebenden Dritten, als Erben, zufallen soll, liegt in einer solchen Anordnung in Bezug auf das **Vermögen des Ueberlebenden** keine fideicommissarische Erbeinsetzung, sondern eine **Substitution** des Dritten an der Stelle des zunächst eingesetzten directen Erben, nämlich des zuerst versterbenden Mittestirenden.

Erk. des OAG zu Rostock vom 13. Sept. 1849.
Seuffert, Archiv Bd. 7. Nr. 334.

Siehe auch die Präjudizien zu Controv. 4.

IV.

Streitig ist, ob ein gegenseitiges Testament allemal als Erbvertrag anzusehen sei.

Einige setzen diese Testamente schlechthin den Erbverträgen gleich, und wenden die Grundsätze der Erbverträge ohne Weiteres auf gegenseitige Testamente an. Denn die Zulässigkeit römischer Rechtsbegriffe auf rein deutschrechtliche Institute, also namentlich auf die Entscheidung der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit, sei ebenso unzuläßig, als wenn man z. B. aus dem tit. Codicis de militari veste die Ordonnanzmäßigkeit der Montur unseres gegenwärtigen Militairs beurtheilen wollte. Da nun in Deutschland vor Einführung des römischen Rechts das eigentliche Testament gänzlich unbekannt, vielmehr die vertragsmäßige Erbfolge im Gebrauche gewesen sei, so müßten die Grundsätze der Erbverträge lediglich und allein um so mehr zur Anwendung kommen, als die wechselseitige Einsetzung doch nicht ohne vorherigen Vertrag sich denken lasse.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4. Nr. 29.
Schilter, praxis jur. Rom. exerc. 39. th. 57
Stryk, diss. de test. conj. reciproc. §. 74.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verfahrens in S. der freiwill. Gerichtsb. Bd. 2. § 210.

Andere meinen, daß jedes testamentum reciprocum ohne Unterschied, selbst bei der von beiden Theilen geschehenen Annahme der Erbeinsetzung, und ungeachtet des ausdrücklich beigefügten Versprechens, die Disposition entweder gar nicht oder doch wenigstens nicht ohne Einwilligung des Mittestators ändern zu wollen, jederzeit wieder aufgehoben werden könne, also stets ein Testament bleibe.

Harprecht, de test. correspect. §. 8 u. 11.
Berger, oecon. jur. lib. 2. tit. 4. §. 22. not. 4.
Leyser, sp. 359. med. 11.

Andere unterscheiden zwischen einem testamentum reciprocum simplex und einem test. recipr. correspectivum, oder demjenigen Testamente, aus welchem ausdrücklich erhellet, daß der eine Disponent den anderen bloß deshalb zum Erben ernannte, damit er von diesem selbst instituirt werde. Das test. recipr. simplex könne einseitig aufgehoben werden, nicht aber das test. recipr. correspectivum.

Struv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 43.
Cannegieser, dec. summi tribunal. Cass. T. I. dec. 43 u. 143.
Klein, Annalen Bd. 1. Nr. 12.

Andere verwerfen diesen Unterschied und machen die Widerruflichkeit des test. reciprocum nicht allein von der in dem Testamente geschehenen gegenseitigen Annahme der Erbschaft, sondern besonders von der ausdrücklichen Erklärung der Disponenten abhängig. Wäre also in einem Testamente die Annahme der Erbschaft geschehen, so müsse man unterscheiden, ob dabei ausgemacht sei, oder es sonst aus dem Aufsatze deutlich erhelle, daß der Erblasser gewollt habe, daß hierdurch etwas Unwiderrufliches festgesetzt werden solle, oder ob diese Absicht nicht constire. Ersteren Falls werde das Testament als Erbvertrag gelten, letzteren Falls aber die Annahme als etwas Ueberflüssiges angesehen werden müssen. Auch test. correspectiva müßten hiernach beurtheilt werden, wenn sie auch den Anschein der Unwiderruflichkeit für sich hätten; und wofern keine förmliche Annahme erfolgt, und die Absicht der Unwiderruflichkeit nicht ausgedrückt sei, so könnten sie einseitig wieder aufgehoben werden.

Nicolai, resolut. 10. Nro. 24.
Stryk, usus mod. lib. 28. tit. 3. §. 5.
Berlich, decis. 92. Nro. 12.
Claproth, von Testam. §. 45.

Andere neuere Rechtslehrer meinen, es sei ein schon seit langer Zeit erkannter Irrthum, wenn man diese Testamente schlechthin den Erbverträgen gleichstellen oder deren Grundsätze bei jenen zur Anwendung bringen wolle. Es liege solchem Testamente vielmehr der

Gedanke zum Grunde, sich, im Gegensatz zur vertragsmäßigen Erbfolge, bezüglich seines einstigen Nachlasses möglichst freie Hand vorzubehalten, wenn sich die Umstände ändern sollten, während persönlich inniges Verhältniß der beiden Testatoren nur diese Form als die angemessenste habe erscheinen lassen. Es könne allerdings durch die gebrauchten Ausdrücke zweifelhaft werden, ob die Disposition als ein gegenseitiges Testament oder als Erbvertrag gemeint sei; im Zweifel aber dürfe niemals für einen Vertrag, sondern vielmehr für den Charakter eines Testaments entschieden werden,

Sintenis, Civilrecht §. 178. Not. 1.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 577.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. S. 20.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 221.
Eichhorn, deutsch. P.-R. §. 347.
Beseler, Erbvertr. Bd. 2. S. 331.
Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 410.
Hasse, vom wechself. Testam. §. 16 und im Rhein. Mus. Bd. 3. S. 269.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 803.

selbst wenn die Testirenden ein Versprechen vorher abgegeben haben, sich gegenseits zu Erben einzusetzen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 803.

Präjudiz 1.

1) Dergleichen wechselseitige Testamente pflegen in den bei weitem häufigsten Fällen nur zwischen Eheleuten errichtet zu werden. Indessen fehlt es doch (in Hessen) an einer Bestimmung, wonach diese Testamentsform unter andern Personen untersagt wäre.

2) Die Frage: ob die gegenseitige Willensbestimmung der Testatoren, insbesondere also der Eheleute, correspectiv sei, ob daher die beiderseitigen Verfügungen nur mit- und nebeneinander bestehen können? — neigt sich im einzelnen Falle der Bejahung zu:

a) wenn die Eheleute nicht bloß sich selbst wechselseitig durch Erbeinsetzungen und andere Vortheile bedenken, sondern auch dabei ihre beiderseitigen Angehörigen und Verwandten berücksichtigen.

Bei der Honorirung der testirenden Eheleute selbst ist man davon ausgegangen, daß die Correspectivität des Testaments durch eine völlige Gleichheit der wechselseitig ausgesetzten Vermögenstheile keineswegs bedingt ist. In einem Falle hatte die Ehefrau ihren Ehemann zum Universalerben eingesetzt, dieser dagegen ihr ein Witthum im Betrage von jährlich 200 Thalern und einigen Naturalien ausgesetzt. In einem andern hatte der Ehemann über 5000 Thaler, die Ehefrau dagegen nur über 500 Thaler Vermögen letztwillig verfügt. Weder in dem einen noch in dem andern Falle wurde die bezeichnete rechtliche Natur um der obwaltenden Ungleichheit willen für ausgeschlossen erachtet.

Strippelmann, Sammlung Bd. 6. S. 501. 511 f. 521 f.

Was die Berücksichtigung der beiderseitigen Verwandten betrifft, so kann diese auf sofortige oder eventuelle Erlangung von Vermögensvortheilen gerichtet sein. Hiebei ist die Voraussetzung, daß seinerzeit ein Erbanfall des gesammten Nachlasses beider Erblasser nach den Bestimmungen des Testaments eintreten werde, als Merkmal der Correspectivität anzunehmen; es mag Gleichstellung der beiderseitigen nächsten Verwandten in Ansehung der letztwilligen Zuwendungen verordnet, oder etwa die einen zu Erben eingesetzt, die andern mit Vermächtnissen bedacht sein. Insonderheit gehören hieher Fälle, wo die testirenden Eheleute ihr beiderseitiges Vermögen zu einer Masse zusammenschlagen, und in Beziehung auf diese fideicommissarische Erben bestellen, und etwa zugleich denselben Vermächtnisse auflegen.

Strippelmann, a. a. O. unter Bezugnahme auf die S. 509. 510. 511. 513. 516. 518. 521 u. 527 mitgetheilten OAGErk.

b) Für die Correspectivität eines gegenseitigen Testaments spricht der Umstand, daß etwa die Testatoren darin ausdrücklich auf einen älteren unter ihnen abgeschlossenen Erbvertrag, welcher einseitig unwiderruflich gewesen sein würde, Bezug nahmen.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 23. Mai 1832.
Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 63.

Präjudiz 2.

Das correspective Testament ist zwar immer ein Testament und kein Erbvertrag; nimmt aber der Ueberlebende in Folge des gemeinschaftlichen Testamentes die ihm durch den Vorverstorbenen zugewendeten Vortheile an, so ist er quasi ex contractu gebunden, nun auch die von ihm getroffenen Bestimmungen bestehen zu lassen. Wäre dies anders, dann würde das Vertrauen des Erstverstorbenen getäuscht werden. Schon nach römischem Rechte muß sich der Erbe solche Verfügungen des Erblassers über sein eigenes Vermögen gefallen lassen, insoweit er deßhalb honorirt worden, und jedenfalls muß man nach deutschem Rechte, welches durch Anerkennung der Erbverträge mit dem römischen Grundsatze der steten Widerruflichkeit der Testamente in Conflict gerathen, annehmen, daß hier ein analoges Verhältniß wie bei Erbverträgen eintrete, was auch durch die neuere Praxis anerkannt ist. (Demzufolge wurde im gegebenen Falle den Klägern zu beweisen aufgelegt: daß A. mit seiner Ehefrau am 30. Dec. 1813 ein gleichzeitiges gegenseitiges Testament in der beiderseitigen Absicht errichtet habe: es solle die Giltigkeit der von A. getroffenen Bestimmungen von der fortdauernden Giltigkeit der von seiner Ehefrau getroffenen Bestimmungen abhängig sein.)

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 21. August 1851 ad num. 134, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen desselben Gerichtshofs vom 18. Januar 1843 ad num. 317 und 24. Dec. 1843 ad num. 31.
Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 221.

Präjudiz 3.

Die Eheleute Arend Stechmann und Margaretha Stechmann, geb. Butendiek, überreichten am 12. Nov. 1838 dem Gerichte eine ausdrücklich als „gemeinschaftliches Testament" bezeichnete letztwillige Disposition, in welcher sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten. Der §. 2 bestimmt sodann:

„Der Ueberlebende von uns hat über dasjenige, was er ererbt, die uneingeschränkteste Disposition; jedoch kann er in Ansehung derjenigen Verfügungen nichts ändern, welche wir in einem besonderen, erst nach unserm beiderseitigen Ableben zu eröffnenden Codicille getroffen haben."

Zugleich mit dieser letzten Willensbestimmung überreichten die Stechmann'schen Eheleute eine Disposition, welche sich selbst als Codicill bezeichnet, unter Bezugnahme auf die in dem gleichzeitig errichteten „Testamente" erfolgte gegenseitige Erbeseinsetzung verschiedene Legate anordnet und dann bestimmt:

„Diese Legate sind erst nach dem Ableben des zuletzt verstorbenen Testirers fällig.

Alles dasjenige, was nach Abführung der erwähnten Legate bei dem Tode des Letztlebenden noch an Vermögen übrig bleibt, vermachen wir dem Heinrich Stechmann in Borstel, und dem Jacob Stechmann in Mittelnkirchen."

Der Ehemann Arend Stechmann starb zuerst, dann die Ehefrau, welche bis zu ihrem Tode im friedlichen Besitze des gesammten Vermögens geblieben war. Nach ihrem Ableben setzten sich Heinrich Stechmann und Jacob Stechmann in den Besitz des Nachlasses der Wittwe Stechmann.

Gegen sie trat Heinrich Aldag Namens seiner Ehefrau, als der angeblich nächsten Intestaterbin der zuletzt verstorbenen Wittwe Stechmann, mit Ansprüchen auf den in ihren Händen befindlichen Nachlaß, eventual. einen Theil desselben hervor.

Diese wurden indessen schon in der Mittelinstanz aus folgenden Gründen für völlig verwerflich erkannt:

Das am 12. Nov. 1838 unter den Eheleuten Stechmann errichtete Testament ist sowohl seiner Form, als seinem Inhalt

nach als römisch-rechtliches Testament und zwar als testamentum correspectivum zu betrachten.

Das zugleich mit dem eigentlichen Testamente übereichte Codicill erscheint lediglich als ein Nachtrag zu dem fraglichen Testamente, auf welchen schon in dem Testamente selbst Bezug genommen ist. Wenn nun auch in einem Codicille eine wirkliche Erbeseinsetzung nicht erfolgen kann, so ist in diesem doch lediglich die Benennung der substituirten Personen in Beziehung auf die in dem Testamente schon enthaltene, nach

fr. 77 de hered. instit. 28, 5.

völlig zulässige Substitution zu befinden. —

Das höchste Landesgericht wies zwar gleichfalls die erhobene Klage in ihrer principalen und eventuellen Richtung als gänzlich unbegründet zurück, ging dabei indessen von einer ganz anderen Auffassung aus, wie die nachstehenden Entscheidungsgründe ergeben:

Zunächst bedarf die unter den Parteien bestrittene Frage einer Entscheidung,

ob die in Rede stehenden Dispositionen nach römischem Rechte oder als deutsch-rechtliche Erbverträge zu beurtheilen seien, da im letzteren Falle die nur aus dem römischen Erbfolgerechte hergeleiteten klägerischen Ansprüche von selbst hinwegfallen würden.

Wenn es sich hier nun auch um eine wechselseitige, in einer und derselben Urkunde ausgesprochene und insofern dem römischen Rechte allerdings unbekannte Erbeseinsetzung zweier Ehegatten handelt, so folgt hieraus doch, der richtigen Ansicht zufolge, keineswegs, daß die Natur derselben nur aus dem deutschen Rechte beurtheilt werden könne. Vielmehr können derartige wechselseitige Erbeseinsetzungen nach dem bei uns geltenden gemeinen Rechte unzweifelhaft auch testamentarisch geschehen, in welchem Falle sie sich nach dem römischen Testamentsrechte richten.

Es liegt nun aber kein Grund vor, um die hier in Frage stehende doppelte Disposition gerade als einen Erbvertrag aufzufassen. Insbesondere liegt eine, das Kriterium eines solchen mitbildende, Entsagung auf die Widerruflichkeit des Testamentes in Beziehung auf letzteres selbst nirgends vor, indem die verabredete Unwiderruflichkeit der codicillarischen Bestimmungen die Unwiderruflichkeit der Erbeseinsetzung nicht bedingt und mit dem Widerrufe der letztern von selbst wegfallen würde.

Dahingegen vereinigt die gedachte letztwillige Disposition, — abgesehen von der, jedoch unwesentlichen Errichtung derselben in einer Urkunde, — sowohl nach Maßgabe ihrer Form, als ihres Inhaltes alle Erfordernisse eines römischen Testamentes in sich, so daß aus diesen Gründen auf dieselbe die gemeinrechtlichen Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung gebracht werden müssen.

Die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits ist sonach auf dieser Grundlage durch die Rechtsbeständigkeit der vorliegenden letztwilligen Verfügungen und durch die rechtliche Auffassung der darin enthaltenen Anordnungen bedingt.

(Hier folgt in dem oberstrichterlichen Erkenntnisse eine nicht weiter interessirende Widerlegung der gegen die Rechtsbeständigkeit der fraglichen Verfügung vorgebrachten Einwände.)

Soviel hiernächst die betreffende, neben dem Testament errichtete letztwillige Disposition anlangt, so ist sowohl nach Form, als nach Inhalt derselben die Annahme, als ob es sich hier um ein zweites Testament handle, gänzlich unzulässig; vielmehr kann dieselbe ganz unzweifelhaft nur als ein im Testamente bestätigtes Codicill aufgefaßt werden.

Rücksichtlich der darin enthaltenen, hier allein in Betracht kommenden Bestimmung desselben, „daß alles dasjenige, was nach Abführung der hinterlassenen Legate bei dem Tode des Letztlebenden noch an Vermögen übrig bleibe, den beiden Beklagten vermacht werde", so erscheint zunächst

a) die Auffassung einer darin enthaltenen directen Erbeseinsetzung als unzulässig, da unbestrittenen Rechten zufolge die Verleihung der Erbfolge von dem möglichen Inhalte eines Codicills ausgeschlossen ist.

Ebensowenig kann

b) der Gesichtspunkt einer Vulgarsubstitution für zutreffend erachtet werden. Die Annahme einer solchen ist vielmehr einerseits aus dem formellen Grunde unstatthaft, weil Vulgarsubstitutionen eben so wenig wie Erbeseinsetzungen in Codicillen angeordnet werden können, der in

fr. 77 de hered. inst. 28, 5.

gedachte Fall aber hier überall nicht vorliegt, indem auch nach dem Inhalte dieser Gesetzesstelle die Einsetzung des directen, oder vulgariter substituirten Erben immer in dem eigentlichen Testamente erfolgen muß, und nur so viel gestattet ist, daß die Namhaftmachung des übrigens im Testamente eingesetzten Erben in einem andern Schriftsatze, welcher nicht Testament ist, erfolge. Andererseits erscheint aber die Annahme einer Vulgarsubstitution auch aus dem materiellen Grunde ungerechtfertigt, weil sich aus den Worten der Disposition klar ergibt, daß nach der Absicht der Testatoren die Beklagten erst nach dem Tode des zuletzt Versterbenden unter ihnen, also nachdem dieser Erbe des zuerst Versterbenden geworden sein würde, das ihnen Zugedachte erhalten sollten.

Dagegen muß

c) die hier in Frage stehende, zu Gunsten der Beklagten getroffene Disposition, nach der ferner deutlich zu erkennen gegebenen Absicht der Testatoren, als ein dem Ueberlebenden auferlegtes und zwar das Vermögen beider Testatoren umfassendes Fideicommiß aufgefaßt werden.

Uebrigens kann an der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Anordnung nicht gezweifelt werden, weil einestheils die Erblasser in ehelicher Gütergemeinschaft mit einander lebten, mithin über das beiderseitige Vermögen, als wie über ein einem jeden von ihnen zustehendes Ganze gemeinschaftlich zu disponiren befugt waren; anderntheils es aber auch nach den römischen Rechtsquellen ausdrücklich gestattet wird, auch fremde Güter, insbesondere diejenigen des Erben, zum Gegenstande eines Fideicommisses zu machen. Mithin waren die Stechmann'schen Eheleute, indem ein jeder von ihnen den andern zum Erben einsetzte, wohl befugt, den Ueberlebenden nicht nur rücksichtlich des eigenen Nachlasses mit einem Fideicommisse zu beschweren, sondern auch über denselben hinaus das Vermögen des Ueberlebenden selbst mit in das Fideicommiß hineinzuziehen.

Auch widerspricht der Auffassung jener Disposition als eines dem Ueberlebenden auferlegten Fideicommisses keineswegs die Anordnung der Auszahlung desselben am Todestage des Letztversterbenden, indem dieser Bestimmung eine andere rechtliche Wirkung, als die der Hinausschiebung des Zeitpunktes des Erwerbes des Fideicommisses, nicht beigemessen werden kann.

. . . .

Anlangend nun die aus dem Obigen sich ergebenden Consequenzen, so folgt aus der rechtlichen Natur des vorliegenden test. correspectivi als eines doppelten und in iisdem tabulis errichteten Testamentes, daß mit dem Tode des zuerst verstorbenen Stechmann'schen Ehemannes jenes Testament nur insoweit, als dessen letzter Wille darin enthalten, zur Wirksamkeit kam, dasselbe aber, insoweit der letzte Wille der überlebenden Ehefrau Stechmann darin enthalten, destituirt wurde. Damit fielen von selbst auch ihre eigenen codicillarischen Anordnungen weg, und es mußte rücksichtlich ihrer, in Ermangelung einer Vulgarsubstitution oder eines anderweiten Testamentes, die Intestatsuccession eintreten.

Indessen wurde ihre gesammte Verlassenschaft durch das, dieselbe rechtsbeständiger Weise mit umfassende, ihr als Erbin ihres Ehemannes auferlegte Fideicommiß absorbirt, und sie selbst durch die unbedingte Antretung der Erbschaft ihres Ehemannes zur Erfüllung des ganzen letzten Willens des letzteren verpflichtet.

Nach Erfüllung dieser Verpflichtung ermangelt aber die Intestaterbschaft eines jeglichen Gegenstandes.

Es würde die Ehefrau Stechmann zwar an und für sich zum Abzuge der Falcidischen, resp. Trebellianischen Quart befugt, auch die klägerische Ehefrau, als deren Intestaterbin, im Falle des unterlassenen Abzuges abseiten ihrer Erblasserin, aus deren Person dazu berechtigt gewesen sein. Es haben jedoch beide testirende Eheleute durch den Inhalt der von ihnen errichteten letztwilligen Disposition auf den Abzug der Quart stillschweigend Verzicht geleistet. Ohnehin

hat sich auch die Ehefrau Stechmann durch die unbedingte und ohne Anfertigung eines Inventars geschehene Antretung der Erbschaft ihres Ehemannes des Rechts dazu für sich und für ihre Erben begeben.

Abgesehen hiervon, würde übrigens von dem Abzuge einer Quart aus der eignen Person der Intestaterben der Ehefrau Stechmann nur dann die Rede haben sein können, wenn ihnen, den Intestaterben, auferlegt gewesen wäre, die Erbschaft als ein Fideicommiß an dritte Personen herauszugeben, — was nach dem Obigen nicht der Fall ist, — indem danach diese Auflage lediglich der Ehefrau Stechmann, als Erbin ihres Ehemannes, gemacht ist.

Erk. des OAG. zu Celle (zweiter Senat) vom 26. April 1856, in Sachen Aldag c. die Hausleute H. Stechmann und J. Stechmann, wegen Herausgabe einer Erbschaft.

Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 57.

Präjudiz 4.

Wenn zwei Eheleute gemeinschaftlich über ihr Vermögen letztwillig verfügen, diese Verfügung als ein Testament bezeichnen und auch übrigens die Formen eines giltigen Testaments beobachten, so wird dadurch zugleich von ihnen die Absicht kundgegeben, keinen Erbvertrag abschließen zu wollen. So wie daher die von mehrern Rechtslehrern aufgestellte Ansicht, daß man in einem sogenannten testamento correspectivo und reciproco allemal einen Erbvertrag zu erblicken habe, der Begründung entbehrt und die Meinung, daß auch im Zweifelsfalle die Präsumtion nicht für einen Erbvertrag, sondern für ein gegenseitiges Testament streite, als richtig anzuerkennen ist, so hat sich dahin auch das vormalige Appellationsgericht und das Oberappellationsgericht (z. B. in Sachen Winhold's gegen Bauer am 15 Juni 1843, s. im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle Bd. 4. S. 139 f.) wiederholt ausgesprochen.

Hieraus folgt indessen noch keineswegs soviel, daß es allemal von dem Belieben des einen der Testirenden abhänge, die von ihm getroffenen Verfügungen zu widerrufen und daß die letztwillige Verordnung des überlebenden Theiles, wenn er den Verstorbenen als Erben eingesetzt hat, durch dessen früheren Tod auch hinsichtlich aller übrigen Dispositionen für erloschen anzusehen sei. Nach der aus dem vorgedachten Erkenntnisse vom 15. Juni 1843 und aus

Gottschalk, disc. for. T. II. c. 1. pag. 16. ed. 2.

sich ergebenden Ansicht des Oberappellationsgerichts und des vormaligen Appellationsgerichts sind gemeinschaftlich errichtete Testamente, soweit ihr Inhalt correspectiv, nach Analogie der Erbverträge zu beurtheilen und stehen in ihrer Wirkung den Erbverträgen gleich, zumal dann, wenn der Ueberlebende das Testament nach dem Ableben des Vorverstorbenen anerkannt und danach die Erbschaft angetreten hat. Nur solche, in einem gemeinschaftlichen Testamente einseitig getroffene Anordnungen, welchen nicht die Rücksicht auf den Verstorbenen und dessen Willensmeinung unterliegt und welche keine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Testirenden, oder keine dem Vorverstorbenen von dem Ueberlebenden ertheilte Zusage, sondern eben nur den Ausdruck der einseitigen Willensmeinung des Ueberlebenden enthalten, sind als revocabel und durch das Ableben des zum Erben eingesetzten Mittestirenden erloschen zu betrachten. Ganz richtig bemerkt daher

Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pandekten-Commentar Th. 38. § 1428. S. 226 f. 244,

es handle sich bei der Beurtheilung gemeinschaftlich errichteter letzter Willen vornehmlich mit um eine quaestio facti, nämlich um die Ermittelung der eigentlichen Willensmeinung der Testirenden, wobei man in jedem vorkommenden Falle den Inhalt der Disposition sorgfältig in das Auge zu fassen habe rc.

Nach der 13. Decision vom Jahre 1746 wird selbst durch die Eingehung eines wirklichen Erbvertrages die Disposition unter den Lebenden anders nicht gehindert, als wenn darauf ausdrücklich Verzicht geleistet und, so weit es sich um unbewegliche Güter handelt, der Vertrag gerichtlich confirmirt und in das Gerichts- und Consensbuch eingetragen worden ist. Darauf aber, ob der Erbvertrag auf das ganze Vermögen oder eine einzelne Sache gerichtet ist, kann hiebei ein Unterschied nicht gesetzt werden.

S. Gottschalk, Bemerkungen über die 13. Decision in der Zeitschrift für Rechtspflege rc. N. F. Bd. 1. S. 316

Erk. des OAG. zu Dresden vom Januar 1853, in S. Grafin c. Donath.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. für Sachsen. N. F. Bd. 12. Hft. 4. Nr. 28. S. 365.

Präjudiz 5.

In Sachen Sängerwein c. Bosse Erben ward vom Herzogl. Kreisgericht zu Braunschweig unterm 25. Nov. 1856 dahin erkannt:

Nach der, wie aus Seuffert, Sammlung von Entscheidungen der obersten Gerichte zu ersehen, mehrfach auch in der Praxis anerkannten Meinung bewährter Rechtslehrer, insbesondere nach den Ausführungen in

Mühlenbruch, Commentar Bd. 35. S. 50 f. und Bd. 38. S. 214 f.

verliert der Ueberlebende, nachdem er aus einem correspectiven Testamente die Erbschaft seines vorverstorbenen Mittestators angetreten hat, die Befugniß des Widerrufs seiner eigenen in jenem Testamente enthaltenen Bestimmungen. Nach den Angaben der Klägerin vom Inhalte des von dem Victualienhändler Johann Wilhelm Bosse und seiner Ehefrau, geb. Wahnschaffe, in Braunschweig am 15. Juli 1850 gemeinschaftlich errichteten wechselseitigen Testamentes muß nun dasselbe sogar dergestalt für correspectiv gehalten werden, daß die beiden Testatoren ihr beiderseitiges Vermögen als eine Einheit betrachteten und einander gestatteten, über dies Gesammtvermögen zu verfügen; auch sollen beide Testatoren gegenseitig ihre Anordnungen für unwiderruflich erklärt haben, so daß nach der Ausführung bei

Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 38. S. 221.

auch schon bei Lebzeiten seiner Ehefrau ein von dem Johann Wilhelm Bosse erklärter Widerruf unwirksam gewesen wäre. Wenn daher derselbe, wie Klägerin behauptet, den Nachlaß seiner verstorbenen Ehefrau, auf dessen lebenslänglichen Nießbrauch er im Testamente eingesetzt war, in Besitz nahm und damit die Verfügungen seiner Ehefrau anerkannte und auf eine Weise, daß sie nicht mehr rückgängig werden konnten, theilweise zum Vollzuge brachte, so war er ohne Zweifel nicht mehr befugt, durch Errichtung des Testamentes vom 27. Nov. 1855 sein früheres zu widerrufen. Mit der Behauptung, daß die Beklagten den Nachlaß des am 30. Nov. 1855 verstorbenen Johann Wilhelm Bosse, welcher Nachlaß, wenn Letzterer ihn einst in Besitz nahm, auch denjenigen seiner vorverstorbenen Ehefrau begreift, an sich genommen haben und daß Klägerin in dem Testamente der Bosse'schen Eheleute als Erbin zu einem Viertel eingesetzt worden sei, ist daher die Klage als eine hereditatis petitio rechtlich begründet. In thatsächlicher Beziehung aber, da die Beklagten nicht nur das Testament vom 15. Juli 1850 und dessen von der Klägerin angeführten Inhalt, sondern auch daß der Bosse den Nachlaß seiner Ehefrau an sich genommen, in Abrede gestellt haben, wird Klägerin annoch desfallsigen Beweis zu führen haben, und zwar, was das Testament betrifft, in der Weise, daß auch die nothwendig zu ihrer desfallsigen Behauptung gehörige rechtsbeständige Form ersichtlich wird, nicht aber auch die mitbehaupteten Prälegate, da auf diese das Klaggesuch nicht auch gerichtet ist.

Die von den Beklagten hiergegen eingeführte Berufung wurde durch Erk. des OG. zu Wolfenbüttel vom 12. Mai 1857 zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

. . . in Erwägung, daß

1) die Rechtsbeständigkeit eines wechselseitigen Testaments besonders unter Ehegatten an sich nach der Praxis nicht zweifelhaft ist, wenn Klägerin den ihr zum Beweise verstellten Inhalt des angeblich von den jetzt verstorbenen Bosse'schen Eheleuten am 15. Juli 1850 errichteten gegenseitigen Testaments und zugleich, daß der überlebende Ehegatte Johann Wilhelm Bosse den Nachlaß seiner vorverstorbenen Ehefrau und zwar in Gemäßheit des Testaments, wie solches nach den Entscheidungsgründen des vorigen Erkenntnisses unzweifelhaft ist, und jedenfalls hiermit declarirt wird, an sich genommen hat, dadurch der Erblasser der Beklagten, Johann Wilhelm Bosse, durch die Antretung der Erbschaft seiner vorverstorbenen Ehefrau an die Bestimmungen des gemeinschaftlichen letzten Willens um ...

mehr gebunden ist, und die Beklagten diese durch die Erbschaftsantretung begründete Verpflichtung ihres Erblassers zu erfüllen gehalten sind, als nach dem von der Klägerin behaupteten und zu beweisenden Inhalte des Testaments, das beiderseitige Vermögen der testirenden Ehegatten ein Ganzes hat bilden sollen,

arg. L. 25 Cod. de fideicommissis 6, 42.
coll. §. 1 Iast. de singulis reb. 2, 24.
L. 4 Cod. de repud. vel abst. hered. 6, 31.
Glück, Commentar Th. 35. S. 68. 73. Th. 38. S. 226.
Hasse, Rhein. Museum Bd. 3. S. 274.

das Abhandenkommen eines schriftlichen Testaments dasselbe nicht wirkungslos macht, noch in einem solchen Falle die Nachweisung des letzten Willens auf andere rechtsbeständige Weise als durch das nicht herbeizuschaffende Testament selbst weder unmöglich noch unzulässig erscheint,

L. 10. §. 2 quemadmod. tabul. aper. 29, 3.

weshalb die Nachlassung des Beweises an sich um so weniger eine Rechtsverletzung für die Beklagten enthält, als ihnen ihre Einwendungen in Bezug auf die äußere und innere Form des Testaments vom 15. Juli 1850 für die Beweis-Instanz vorbehalten sind;

2) der Klägerin ein rechtliches Interesse an der Edition des Testaments, in welchem sie zur Nacherbin eingesetzt ist, überall nicht abzusprechen steht, ihr als eingesetzten Erbin das Eigenthum an der Urkunde zusteht und sie dieselbe daher sowohl nach gemeinem Rechte als nach unserer Civilprozeß-Ordnung vindiciren und deren Edition von dem Besitzer verlangen kann,

L. 3 quemadmod. tabul. aper. 29, 3.
Civ.-Pr.-Ordn. §. 283. Nr. 3 u. 4. §. 285. Nr. 1.

3) behuf der zu ertheilenden Declaration die erbetene Restitution zu ertheilen ist,

so wird ꝛc.

Siehe auch die Präj. zu Controv. 3.

V.

Ist das correspective Testament durch den Tod eines der Testirer bestätigt und die Erbschaft deferirt, so kann der Ueberlebende die Erbschaft ausschlagen oder annehmen. Schlägt er aus, so tritt nunmehr Intestaterbfolge ein, und der Ueberlebende kann unbestritten über sein Vermögen anderweit nach Gefallen testiren. Hat er aber die Erbschaft des zuerst Verstorbenen angetreten, so erhält nun der Ueberlebende das ihm in dem Testamente des Verstorbenen zugedachte Vermögen, muß aber die gemachten Anordnungen desselben erfüllen; das eigene Testament des Ueberlebenden, wenn der Verstorbene nur allein zum Erben eingesetzt war, wird destituirt. Es kann aber auch der Uebergang des beiderseitigen Vermögens, also des gesammten Nachlasses nach dem Tode des Ueberlebenden an bestimmte dritte Personen, gewöhnlich beiderseitige Verwandte der Testatoren, angeordnet sein.

Wenn also zwei Testatoren einander zu Erben einsetzen, mit der Bestimmung, daß ihr beiderseitiges Vermögen gewissen im Testamente benannten Personen zufallen solle, so ist die Ansicht die gewöhnliche, daß die Verfügung ein Universalfideicommiß sei, womit das beiderseitige Vermögen belastet ist.

Hierbei ist streitig, ob der überlebende Erbe, nachdem er des Vorverstorbenen Vermögen aus dem correspectiven Testamente erworben hat, durch die Erbschaftsantretung verbunden sei, eine zum Besten Dritter in jenem Testamente getroffene Disposition, nicht nur soweit sie des verstorbenen Testators, sondern auch sein eigenes Vermögen betrifft, unwiderruflich aufrecht zu erhalten.

Einige meinen, der Ueberlebende brauche die zum Besten Dritter getroffene Disposition sowohl überhaupt, als auch soweit sie sein eigenes Vermögen betreffe, nicht zu erfüllen; denn mit dem römischen Testamentsrechte sei auch die Regel: Nemo potest legem sibi dicere, ne a priori voluntate recedere ei liceat, auf uns übergegangen, und nach weniger scheine es zulässig, daß Einer über das Vermögen des Andern bindend disponire.

Harprecht, diss. de test. corresp. §. 31.
Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 269 u. 490.
Leyser, spec. 359. med. 5 u. 6.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. S. 62.
Zu-Rhein u. Sartorius, Rechtsf. Bd. 1. S. 290.
Pfeiffer, Sammlung bemerkensw. Entscheidungen des OAG. zu Cassel Bd. 3. Nr. 91.

Der Ueberlebende sei also hiernach nur schuldig, Alles dasjenige, was ihm aus des Vorverstorbenen Nachlaß zugekommen sei, herauszugeben.

Siehe

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 579.

Andere meinen, daß der Ueberlebende, wenn er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten habe, überhaupt und auch hinsichtlich seines Vermögens, und zwar ohne Unterschied zwischen früherer und späterer Erwerbung, an die Verfügungen des correspectiven letzten Willens gebunden sei. Die Anhänger dieser Ansicht stützen dieselbe auf folgende Gründe:

1) das römische Recht, welchem die correspectiven Testamente ganz fremd seien, könne bei uns nicht in aller Consequenz in Anwendung kommen, weil nach deutschem Rechte die Freiheit zu testiren durch Verträge beschränkt werden könnte. Allgemein werde der derogatorischen Clausel in Testamenten Wirksamkeit zugestanden, mithin könne sie auch dem correspectiven Testamente nicht versagt werden.

2) Daß in einem correspectiven Testamente jeder der Testirer zugleich über das Vermögen des Andern disponire, könne umsoweniger Anstoß erregen, als dies schon gemeinrechtlich erlaubt sei, L. 25 C. 6, 42, und werde durch die Erbschaftsantretung, welche eine obligatio quasi ex contractu begründe, unwiderruflich wirksam.

3) Die Meinung, daß der Ueberlebende sich von dem Festhalten an dem correspectiven Testamente durch Herausgabe dessen, was er aus demselben von dem Vorverstorbenen erlangt hat, befreien könne, sei dem römischen Rechte geradezu zuwider, L. 4 C. 6, 31.

Mühlenbruch in Glück's Band. Bd. 38. S. 240 f.
Klein, Rechtsspr. der Halleschen Juristenfacultät Bd. 1. S. 97.
Gottschalk, disc. for. II. p. 9.
Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanw. Bd. 2. S. 197.
Stryk, diss. de test. conj. recipr. §. 74.
Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. 1. Th. 2. resp. 42. §. 6.
Mittermaier, deutsch. P.-Recht §. 410.
Gründler, Polemik Th. 3. §. 673.
Mackelbey, Lehrbuch §. 649.

Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen Rechtssachen §. 259.

Hiergegen vergleiche die ausführliche Gegenbeweisführung in

Sintenis, Civilrecht §. 178. Not. 6.

und die Vertheidigung von

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 904 f.

Vergl. auch

Beseler, Erbverträge Bd. 2. S. 338 f.

Andere halten ihn auch gebunden, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Ueberlebende für die seinem Vermögen auferlegte Belastung ein Aequivalent im Nachlaß des Vorverstorbenen finde, unter Bezugnahme auf §. 1 Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict. Was darüber hinausgehe, sei also unwirksam, und die hereditatis aditio verpflichte den Erben nur zur Erfüllung dessen, was an sich giltig und wirksam im Testamente verfügt sei, nicht aber auch der nichtigen Auflagen. Analog sei die im römischen Rechte mehrfach erwähnte testamentarische Auflage an den Erben, daß er Jemanden zum Erben ernenne, oder zum Besten einer gewissen Person nicht testire, L. 114. §. 6—8 D. de leg. I. L. 70. §. 2. L. 77. §. 24 D. de leg. II. L. 17 pr. §. 2 u. 3. L. 74 D. ad SC. Trebell. 36, 1. L. 41. §. 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. Das gelte immer für eine Auflage, seine (des Erben eigene) Erbschaft zu restituiren, und verbinde ihn, dem fideicommissarisch Substituirten soviel zu hinterlassen, als ihm selbst durch die Erbschaft geworden sei, nicht aber zu einem Mehreren.

Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 501 f.

Präjudiz 1.

Die Vorschriften des gemeinen Rechts machen dem Testamentserben, welcher das Testament anerkannt und die Erbschaft daraus angetreten hat, die Befolgung aller testamentarischen Verfügungen aus dem Grunde zur Pflicht, weil er durch die Testamentsagnition und den Erbschaftsantritt die Repräsentation des Erblassers übernommen hat, und mit den im Testamente durch Legate oder Fideicommisse bedachten Interessenten in ein vertragsmäßiges Verhältniß getreten ist.

fr. 58. §. 2 ad SC. Trebell. 36, 1: „cum enim semel adita est hereditas, omnia defuncti voluntas rata constituitur."

C. 16. §. 1 de testam. 6, 23: „heres, etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa etc. legibus non sit subnixa, tamen, si sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat."

fr. 3. §. 3. fr. 4 quib. ex caus. in poss. 42, 4.

fr. 22 de usurp. 41, 3.

Nov. 48 praefat.

Diese Ansicht wird auch nach dem Zeugnisse bewährter Rechtslehrer:

Struv, exerc. ad Müller. syntagm. lib. 29. tit. 2. §. 30.

Lauterbach, coll. theor. pract. lib. 29. tit. 2. §. 27. 33. jct.

Stryk, annot. p. 774.

Pufendorf, obs. jur. T. II. obs. 99.

Thibaut, System §. 719.

Mühlenbruch, Pand.-R. §. 705. (2. Aufl.)

Glück, Pand. Th. 38. §. 1427. S. 134 f. 238.

Gottschalk, discept. for. edit. 2. T. 2. cap. 5.

gewöhnlich in der Praxis befolgt.

Erk. des OAG. zu Dresden.

Abweichend erkannte unter dem 4. März 1833 das Obertribunal zu Stuttgart. „Es läßt sich nicht annehmen, daß ein gemeinschaftliches Testament zweier Eheleute, worin diese über ihr Vermögen als über Eine Masse disponiren, ein nicht bloß das Vermögen des zuerst sterbenden, sondern auch das Vermögen des überlebenden Gatten beschwerendes Fideicommiß enthalte, das durch die Antretung der Erbschaft von Seite des Ueberlebenden als giltig anerkannt werde.

Hasse, vom wechsels. Testament. im Rhein. Museum Bd. 3 Hft. 4. S. 490 f.

Kann aber ein correspectives Testament . . . . . als ein das Vermögen des Ueberlebenden afficirendes Fideicommiß nicht betrachtet werden, so muß auch dasselbe von dem Ueberlebenden soweit es nur Verfügungen von ihm enthält, stets widerrufen werden können."

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 72.

Präjudiz 2.

In einem anderen Erk. des OAG. Dresden wurde nach denselben (Präjud. 1) Grundsätzen geurtheilt, jedoch unter Beifügung folgender Bemerkungen: Es ist zu unterscheiden zwischen einer bloßen einfachen Erbschaftsantretung, aus welcher die Absicht, den Willen des Testirers in allen Stücken zu erfüllen, nur stillschweigend gefolgert wird, und einer ausdrücklichen Anerkennung des Testaments, welche das ausdrückliche Versprechen in sich schließt, den Vorschriften des Testaments allenthalben nachzukommen. In allen Fällen, wo nicht von einem testamento correspectivo oder eigentlichem Erbvertrage die Rede ist, gibt es außer der unbedingten Antretung oder unbedingten Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft noch einen dritten Ausweg für den Erben, nämlich diesen, unter einer Protestation anzutreten, daß er denjenigen Bestimmungen, zu welchen der Testator gesetzlich nicht befugt war, und welche daher nicht gelten*), damit sich nicht unterwerfen wolle. Es steht aber der Einwilligung in diese Bestimmungen und dem Verzichte auf die Rechtsregel: „nemo magis est onerandus, quam fuit honoratus" nichts entgegen, sobald der Erbe sich freiwillig zu diesem Verzichte entschließt. Unicuique licet contemnere, quae pro se introducta sunt.

fr. 41 de minor. 4, 4.

fr. 69 de reg. juris.

Kein Prohibitivgesetz spricht gegen eine solche Entsagung; ja selbst das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in diesem Falle wesentlich an seiner Bedeutung, weil der Erbe, welcher seinen eigenen Nachlaß dereinst den von seinem verstorbenen Erblasser dazu ausersehenen Fideicommissarerben zuzuwenden verspricht, hierdurch nicht lediglich nach eigener Willkür mit dem honoratus contrahirt, sondern den Willen eines Verstorbenen erfüllt, welchem er Pietät und Dankbarkeit schuldig ist. Demnach scheint kein ausreichender Grund vorzuliegen, den Stellen des römischen Rechts, welche der Anerkennung des Testaments eine solche Wirkung beilegen, wie z. B. der

C. 16. §. 1 de testam. 6, 23.

einen beschränkteren Sinn unterzulegen, als die Allgemeinheit der Worte:

„et si voluntas testatoris circa fideicommissa legibus non sit subnixa, tamen, si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat"

anzeigt.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 204.

*) Hier sind insbesondere die Verfügungen über das eigene Vermögen des Erben gemeint.

Präjudiz 3.

Es hatten die Eheleute Böning in einer gemeinschaftlich vor dem Gerichte zu Protocoll gegebenen letztwilligen Disposition ihre Kinder zu Erben ihres beiderseitigen Vermögens ernannt, dem Letztlebenden von ihnen beiden aber den lebenslänglichen Nießbrauch am ganzen Vermögen vorbehalten, daneben auch zu erkennen gegeben, daß eine einseitige Aenderung dieser Disposition ausgeschlossen sein solle. Die Ehefrau Böning, welche ihren Ehemann überlebte und sich in dem Genusse des gesammten Vermögens erhalten hatte, traf dennoch später eine abändernde einseitige testamentarische Verfügung zum Nachtheil ihrer einen Tochter Dorothea. Als Letztere nun nach dem Tode ihrer Mutter auf Grund der gedachten gemeinsamen Disposition von ihrer Schwester, der verehelichten Wigam, welche im Besitz des elterlichen Nachlasses verblieben war, ihren Erbtheil einklagte, suchte diese, soweit der Klaganspruch sich auch auf das Vermögen der Mutter bezog, hinter der späteren abweichen-

den mütterlichen Disposition Schutz, und wurde ihr desfallsiger Einwand, obwohl die Klägerin die Befugniß der Mutter bestritt, einseitig die gemeinsame Bestimmung der beiden Eltern, weil diese die Natur eines Erbvertrages an sich trage, durch ein späteres Testament zu ändern, vom großen Senale des OG. *Hannover* für erheblich befunden, da hier kein eigentlicher Erbvertrag, sondern nur ein gemeinschaftliches Testament vorliege, Testamente aber ihrer Natur nach jederzeit vom Testator, soweit sie *sein* Vermögen betreffen, revocirt werden dürfen. Der erste Senat des OAG. entschied unterm 19. Oct. 1854 Folgendes:

Die Frage, ob das einseitige Testament der Wittwe Böning der älteren Verfügung beider Ehegatten hat derogiren können, ist zu verneinen. Denn wenn auch jene ältere gemeinschaftliche Verfügung auf den Todesfall als Erbvertrag nicht aufzufassen ist, so geht doch aus ihr soviel hervor, daß in ihr beide Testatoren sich gegenseitig und in solcher Weise für die Dauer des Lebens des Ueberlebenden den Besitz und die Herrschaft über das als *eine* Masse gedachte Vermögen zugewandt haben, daß der Wille des einen Testatoes nicht von dem des anderen getrennt werden kann; es ist also hier eine correspective letztwillige Anordnung anzunehmen. Weiter ist nicht in Zweifel zu ziehen, daß die Wittwe Böning nach ihres Ehemannes Ableben die ihr durch jene Anordnung eingeräumten Vortheile in Beziehung auf das Vermögen ihres Ehemannes wirklich sich angeeignet hat. In solchem Falle ist aber der überlebende Ehegatte nicht für befugt zu erachten, an den früheren gemeinschaftlichen Dispositionen etwas zu ändern, er muß solche vielmehr auch hinsichtlich seines eigenen, früher oder später erworbenen Vermögens in Kraft bestehen lassen. Dieses ist die unvermeidliche Folge der zugelassenen Testamentserrichtung von Seiten mehrer Personen, namentlich der Ehegatten, in einem gemeinschaftlichen Acte und mit einem auf Gegenseitigkeit gerichteten Willen. Jene Zulassung, wie auch die Folgen derselben beruhen auf einem unzweifelhaften deutschen Gewohnheitsrechte. Wie daher das spätere einseitige Testament der weiland Wittwe Böning den früheren gemeinschaftlichen Verfügungen beider Ehegatten gegenüber als wirkungslos sich darstellt, als wird insoweit das Erk. des OG. Hannover abgeändert.

Präjudiz 4.

Der Kirchensenior C. hatte mit seiner Ehefrau in kinderloser Ehe gelebt, und errichtete mit ihr am 30. Dec. 1813 folgendes gerichtliche Testament: „Es solle eins des andern alleiniger Erbe sein, mithin das Letztlebende zu seinem Unterhalte von dem gemeinschaftlichen Nachlasse, der größtentheils von ihnen errungen worden, das, was es brauche, anzugreifen befugt sein, jedoch sollte nach des Letztlebenden Ableben das Uebrigbleibende an beiderseitige nächste Verwandte, und zwar in die Stämme und zwar zu gleichen Theilen vertheilt werden.“ C. starb am 12. Juli 1814, und dessen Wittwe, welche die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, heirathete im J. 1815 den R., den Erblasser der Beklagten. Jene errichtete mit R. am 17. September 1815 gerichtliche Ehepacten, in welchen sie diesem, ihrem zweiten Ehemann, für den kinderlosen Sterbefall ihr ganzes Vermögen als Eigenthum vermachte. Die Frau starb am 20. Nov. 1827 und der Wittwer blieb im Besitze des gesammten Nachlasses, gab jedoch am 17. Februar 1835 den Erben des C. die Hälfte des Gesammtnachlasses vergleichsweise heraus. Nun verlangten aber auch die nächsten Seitenverwandten der Ehefrau die andere Hälfte des Nachlasses von den Erben des inmittelst verstorbenen R. mit Bezugnahme darauf, daß hier ein correspectives Testament vorliege, welches von dem Ueberlebenden nach einmal aus demselben angetretener Erbschaft nicht mehr widerrufen werden könne. Da dies die Beklagten in Abrede stellten, so wurde den Klägern der Beweis auferlegt, daß C. mit seiner Frau das fragliche Testament in der *beiderseitigen Absicht* dahin errichtet habe, daß die Giltigkeit der von C. getroffenen Bestimmungen von der fortdauernden Giltigkeit der von seiner Frau getroffenen Bestimmungen abhängig sein sollte. Man ging hierbei von der Ansicht aus, daß die gleichzeitige Disposition des Ueberlebenden nicht zurückgenommen werden könne, wenn sich aus dem Inhalte des Testaments ergebe, daß die Disposition des einen zu Gunsten des andern nur für den Fall des Fortbestehens des andern giltig sein solle.

Dieser Beweis wurde durch Berufen auf den Inhalt des Testaments selbst, welches früher noch nicht in voller Integrität vorgelegen hatte, und die Nachlaßacten angetreten, aus welchen letzteren sich jedoch nichts hierher Bezügliches ergab, und das Gericht erster Instanz erkannte den Beweis für bis zum Erfüllungseide erbracht. In der zweiten Instanz wurde jedoch der Beweis für verfehlt erklärt, indessen den Klägern überlassen, von dem eventuell zugeschobenen Eide Gebrauch zu machen. In den Motiven wurde ausgeführt: Es hätte nach dem Inhalte des Testaments die eine Hälfte der Gesammtmasse auf die nächsten Verwandten des Mannes und die andere Hälfte auf diejenigen der Frau fallen sollen. Der Mann hätte darnach nur ein Interesse haben können, daß seine überlebende Ehefrau die eine Hälfte ungeschmälert *seinen eigenen* Verwandten herausgebe. Ob aber die überlebende Frau ihre Hälfte den zur Zeit ihres Todes vorhandenen Seitenverwandten überlassen wolle, hätte dem C. gleichgiltig sein müssen. Gesetzt, es seien die Kläger namentlich im Testamente aufgeführt gewesen, und die Ehefrau habe später mit R. noch Kinder erzeugt, so hätte schon nach dem Gesetze jene Bestimmung ihre Wirksamkeit verloren, es hätte daher auch in der Willkür der Ehefrau gelegen, dieselbe abzuändern und mit dem Gesetze in Einklang zu bringen. In keinem Falle könne man annehmen, daß die *beiderseitige* Absicht auf ein solches Gebundensein des Willens gegangen sei, da in *dieser Beziehung* jedes Interesse des Vorverstorbenen an der Fortdauer der Bestimmung gemangelt habe. Wenn darnach die Frau ihre eigenen Kinder hätte vorziehen, oder eine specielle Auswahl unter ihren Seitenverwandten hätte treffen dürfen, so ergebe sich hieraus allgemein, daß sie in Bezug auf die ihr zustehende und zugefallene *Hälfte* des Gesammtnachlasses, als ohnehin von ihr nach Inhalt des Testaments errungen, in der Testirfreiheit nicht habe gebunden werden sollen, und ihre Absicht nicht darauf gegangen sei, wie denn auch der nämliche Beamte sowohl das Testament als die Ehepacten aufgenommen habe und die letzteren nicht wohl confirmirt haben würde, wenn er hätte der Ansicht sein können, daß damit gegen das Testament gefehlt und eine ungiltige Bestimmung getroffen werde*).

In der dritten Instanz wurde dagegen die erstinstanzliche Entscheidung wieder hergestellt aus folgenden Gründen: Es könne keinen Unterschied begründen, ob der Widerruf zum Nachtheile der Verwandten der Ehefrau, oder derjenigen ihres ersten Ehegatten C. geschehen sei. Da nämlich das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes betrachtet werden solle, so könne der Ueberlebende nicht mehr sein Vermögen von dem des andern trennen und müsse, wenn er die Erbschaft antrete, auch sein eigenes Testament bestehen lassen. Das ganze Vermögen erscheine als ein einziges dem Fideicommiß unterworfenes Ganze, welches den eingesetzten Erben nicht entzogen werden könne.

Mittermaier, Grundsätze des deutsch. Privatrechts §. 462.
Glück, Commentar Bd. 35. S. 68. 69.

Die Ehefrau sei in das ganze Vermögen in Folge des Testaments succedirt, sie habe die Erbschaft angetreten und müsse nun auch das in dem Testamente bestimmte Universalfideicommiß an die hierin bestimmten Fideicommissarien herausgeben, ohne daß es ihr möglich bliebe, zum Nachtheil ihrer eigenen Verwandten abändernde Dispositionen zu treffen, was nur zur Willkür führen dürfte, wenn man das Gegentheil annehmen wollte. Freilich hätten die Kläger einen besonderen Beweis darüber weder angetreten noch geführt, daß die C.'schen Eheleute die im Beweissatze ausgesprochene beiderseitige Absicht gehabt hätten; allein diese folge schon aus der Fassung des Testaments und seiner correspectiven Natur. Der Beweis sei also eigentlich vollständig und daher jedenfalls bis zum Erfüllungseide erbracht, und müsse daher die Entscheidung des ersten Instanzgerichts wiederhergestellt werden.

Erk. des OAG. zu *Darmstadt* vom 14. Sept. 1855,
in S. der Erben der Ehefrau des Kirchenseniors Christ
zu Grimberg c. die Erben des Daniel Reitz daselbst.
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 184.

---

*) Bezugnahme auf Zimmermann im Archiv für praktische Rechtsgelehrsamkeit Bd. 1. Nr. 19.

Vergl. auch die zu Contr. 4 aufgef. Präj.

VI.

Die Anhänger der Ansicht, daß die zum Besten Dritter in dem correspectiven Testamente getroffene gemeinschaftliche Bestimmung von dem Ueberlebenden nicht erfüllt zu werden brauche, daß der Ueberlebende vielmehr nur schuldig sei, Alles dasjenige cum fructibus herauszugeben, was ihm aus des Verstorbenen Nachlaß zugekommen war, streiten darüber, wem dasjenige, was dem Ueberlebenden aus dem Nachlasse des Verstorbenen zugekommen, herausgegeben werden müsse.

Einige meinen, dies müsse dem instituirten Nacherben herausgegeben werden; denn das Testament des Vorverstorbenen sei ja durch die Erbschaftsantretung des Ueberlebenden schon in Wirksamkeit getreten, könne folglich hinterher nicht wieder vernichtet werden.

Mevius, dec. P. 9. dec. 148.

Andere lassen die Intestaterbfolge eintreten; denn die Correspectivität habe die Wirkung einer Resolutivbedingung für die Verfügung des Vorverstorbenen, wenn der Ueberlebende seinerseits das Testament nicht gelten lassen wolle, indem beide, in einen Act verschmolzene Testamente mit einander stehen oder fallen müßten, keines aber ohne das andere aufrecht bleiben könne.

Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 271.
Harprecht, diss. de test. corresp. §. 38.

Ueber ein etwaiges Transmissionsrecht bei wechselseitigen Testamenten ferner handeln nachstehende Präjudizien:

Präjudiz 1.

Die Eheleute St. errichteten ein gemeinschaftliches Testament, in welchem sie einander gegenseitig zu alleinigen Erben mit unbeschränkter Dispositionsbefugniß einsetzten. Dabei bestimmten sie ferner:

„daß, wenn der Längstlebende sich des Dispositionsrechts über seinen Nachlaß nicht bedient und deshalb etwas vor seinem Ableben bestimmt haben sollte, sodann des Längstlebenden Gut mit $^2/_3$ des Mannes Erben, mit $^1/_3$ der Frauen Intestaterbin P. zufallen, falls aber letztere alsdann nicht mehr leben würde, des Mannes Erben allein zufallen solle."

Beim Tode der zuletzt verstorbenen Ehefrau St. war die P. bereits gestorben, und es entstand nun unter den Betheiligten ein Streit darüber, ob die Kinder der nach dem Ehemanne, aber vor der Ehefrau verstorbenen Brudersöhne des Testators zugleich mit den noch lebenden Kindern von Vollgeschwistern desselben zu erben berechtigt seien? Das holsteinische Obergericht wies die Klage der ersteren als unbegründet ab und das OAG. in Kiel bestätigte dieses Erkenntniß unter Beziehung auf die obergerichtlichen Entscheidungsgründe, aus welchen hier Folgendes hervorgehoben wird.

Da nach

Nov. 118. c. 3.

Geschwisterkinder des Erblassers alle entfernteren Seitenverwandte ausschließen, so können die Kläger als Geschwisterkindeskinder ex proprio jure überall nicht zur Erbnahme gelangen, und es fragt sich daher nur, ob die Väter der Kläger vor ihrem Ableben transmissible Erbrechte erworben haben. Die Beantwortung dieser Frage wird davon abhängen, ob bei einer letztwilligen Disposition der vorliegenden Art, zur Ermittelung der Intestaterben des zuerst verstorbenen Ehegatten, auf den Zeitpunkt seines Ablebens, oder auf den Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten gesehen werden müsse.

Da der zuerst verstorbene Ehemann in dem Testamente seine überlebende Ehefrau zur alleinigen und ausschließlichen Universalerbin seines Nachlasses eingesetzt hat, so kann nach dem Grundsatze:

quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (fr. 7 de reg. juris)

von einer Erbnahme ab intestato zur Zeit seines Ablebens durchaus nicht die Rede sein, und die für den Fall, daß seine Frau ohne anderweitige letztwillige Verfügung versterben sollte, getroffene letztwillige Disposition kann daher, bei dem Vorhandensein einer Universalerbin, nur als ein Legat oder ein Fideicommiß beurtheilt werden, dessen Wirksamkeit von dem Eintreten jener Bedingung abhängig gemacht worden.

Eine Transmission bedingter Rechte tritt nach den Vorschriften der Gesetze nur bei vertragsmäßigen Ansprüchen ein, wogegen die durch den Tod des Erben bedingten Legate und Fideicommisse von dem Honorirten erst alsdann erworben und auf seine Successoren transmittirt werden, wenn derselbe nicht bloß den Testator, sondern auch den instituirten Erben überlebt hat.

fr. 1. §. 1. 2. fr. 70. §. 1 de condit. et demonst. 35, 1.
fr. 1 quando dies legati vel fideicomm. 36, 2.

Es haben daher die Väter der Kläger, da sie nur den Tod des Testators, nicht aber den Tod der von demselben instituirten Universalerbin erlebt haben, keinen Antheil an dem bedingungsweise errichteten Fideicommisse erwerben, folglich auch keine desfälligen Ansprüche auf ihre Erbsuccessoren transmittiren können.

Bei der durch die Instituirung einer testamentarischen Universalerbin ausgeschlossenen Möglichkeit einer unmittelbaren Intestatsuccession nach des Testators Tod, können sämmtliche in eventum berufene Personen nur aus dem Rechtsgrunde der testamentarischen Berufung, keineswegs aber aus dem Gesetze an der Hinterlassenschaft participiren. Dieses Testament ist aber von den Eheleuten St. gemeinschaftlich errichtet worden, und die Kläger, wenn sie nicht als legatarii oder fideicommissarii des zuerst verstorbenen Ehegatten, sondern als wirkliche (directe) Erben in Betracht gezogen sein wollen, können daher, sowohl in Beziehung auf das eigene Vermögen der Wittwe St., als in Beziehung auf das der letztern cum pleno jure angefallene Vermögen des Mannes, nur als heredes testamentarii der zuletzt verstorbenen testatrix betrachtet werden, womit auch die wörtliche Fassung der letztwilligen Disposition übereinstimmt, insofern die den Erben des Mannes gesicherte Vermögensmasse ausdrücklich als des Längstlebenden Gut bezeichnet wird. Da nun aber die Väter der Kläger den Tod der längstlebenden testatrix nicht erlebt, sie daher die Erbschaft aus diesem Testament nicht nur nicht angetreten haben, sondern ihnen dieselbe auch gar nicht einmal deferirt worden ist, so würde auch selbst in dem Falle, daß man selbige als instituirte Testamentserben des überlebenden Ehegatten betrachten wollte, nach dem Grundsatze: hereditas non adita non transmittitur von einer geschehenen Transmission keine Rede sein können.

Erk. des OAG. zu Kiel vom 3. März 1841.
Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 150.

Präjudiz 2.

Der Stadtschultheiß und Hofapotheker M. zu S. und dessen Ehefrau, beide kinderlos, errichteten am 23. Juni 1832 gemeinschaftlich einen „letzten Willen", in welchem sie bestimmten, daß der überlebende Ehegatte an speciell benannte Verwandte des Vorverstorbenen 2000 Fl. zu bezahlen, das übrige Vermögen dagegen, ohne jedoch von demselben bedeutende Geschenke an Fremde oder Freunde machen zu dürfen, „umzutreiben" haben, und daß das Vermögen nach dem Tode beider Ehegatten zur Hälfte an die Erben des Ehemannes, zur Hälfte an die Erben der Ehefrau fallen solle.

Im Jahre 1832 starb der Ehemann, im Jahre 1841 dessen Wittwe, welche der Bestimmung des letzten Willens zufolge nach ihres Ehemannes Tode im Besitze des Gesammtvermögens geblieben war, und es fragte sich nun, ob auf die den Erben des Ehemannes zufallende Vermögenshälfte bloß jene nächsten Verwandten desselben Anspruch haben, welche zur Zeit des Todes der Wittwe, im Jahre 1841, noch am Leben waren oder ob die Erbschaft den nächsten Verwandten des Ehemannes schon nach dessen Tode im Jahre 1832 angefallen war, und daher das Erbrecht auf die Erben der in der Zwischenzeit vor

1832 bis 1841 verstorbenen nächsten Verwandten des Ehemanns transmittirt wurde.

Die Gründe zu dem oberstrichterlichen mit dem der beiden Vorinstanzen gleichförmigen Erkenntnisse sprechen sich hierüber folgendermaßen aus:

Das angefochtene Erkenntniß hat die Frage: ob bei einem correspectiven Testamente zweier Ehegatten, nach welchem der überlebende Ehegatte des Vorverstorbenen einziger Erbe sein, nach seinem Tode aber das beiderseitige Vermögen nach zwei Hälften auf die beiderseitigen nächsten Verwandten fallen solle, schon die Zeit des Absterbens des Vorverstorbenen oder erst die Zeit des Absterbens des Ueberlebenden als die Epoche anzusehen sei, zu welcher den nächsten Verwandten des Vorverstorbenen fideicommissarische Erbansprüche erwachsen, welche sie als solche auf ihre Erben transmittiren? — dahin entschieden, daß vor dem Absterben des überlebenden Ehegatten ein solcher fideicommissarischer Erbschaftsanspruch für die Verwandten des Vorverstorbenen nicht begründet werde.

Durch diesen Ausspruch erachtet sich der Revident für beschwert, jedoch mit Unrecht.

Er hat selbst anerkannt, daß die Ehefrau M. die Fiduciarerbin ihres Mannes wurde, „und zwar in der Art, daß die fideicommissarischen Erben die Restitution der Erbschaft erst nach dem Tode der Fiduciarerbin verlangen dürfen“, und das Gesetz

fr. 1 de condit. et demonstr. 35, 1.
fr. 79. § 1 eod.
fr. 4 pr. quando dies legatorum 36, 2.
fr. 13 in fine eod.
fr. 12 de legatis tt. (31.)

erklärt auf das Bestimmteste, daß in einem solchen Falle jeder Anspruch des Fideicommissarerben auf das Fideicommiß von der Bedingung abhängig sei, daß der Fideicommissarerbe den Fiduciarerben überlebe; es konnte das angefochtene Erkenntniß demnach schon aus diesem Grunde, wie es gethan, erkennen.

In einem Falle, wie der vorliegende, bringen es aber auch schon die gegebenen Verhältnisse mit sich, daß ein Anspruch auf das Fideicommiß erst nach dem Tode des Ueberlebenden möglich ist, da erst nach dessen Eintritt Fideicommißerben und eine Fideicommißerbschaft existiren: ersteres, weil zur Zeit des Ablebens des Vorverstorbenen, der als Testator in Hinsicht auf die beiderseitigen Verwandten anzusehen ist .... nur Fideicommißerben von der Linie des Verstorbenen, keineswegs aber auch Fideicommißerben von der Linie des noch lebenden anderen Ehegatten überhaupt denkbar sind, und, wie das angefochtene Erkenntniß mit Recht hervorgehoben hat, die Erbschaftseröffnung erst dann eintreten kann, wenn sie für alle gleichzeitig berufenen Erben möglich ist; — letzteres, weil nicht das Vermögen, welches der Vorverstorbene bei seinem Absterben hinterläßt, sondern das Universalvermögen des Vorverstorbenen und des Ueberlebenden, wie dieser letztere es dereinst hinterlassen wird, die Fideicommißerbschaft bildet, auf deren Hälfte die Verwandten des Vorverstorbenen daher auch nicht eher irgendwie Rechte erwerben können, als sie sich eröffnen kann — eine Periode, die um so augenfälliger erst mit dem Augenblicke des Absterbens des überlebenden Ehegatten eintritt, als das ganze Fideicommiß nur dadurch ins Leben tritt, daß der überlebende Ehegatte Erbe des Vorverstorbenen und dadurch verpflichtet wird, nach seinem Tode sowohl das ererbte Vermögen als das eigene zu zwei gleichen Theilen den beiderseitigen Verwandten zu hinterlassen.

Alles dieses sagt denn auch das vorliegende Testament mit ausdrücklichen Worten, indem es in ihm heißt: daß erst „nach dem Tode beider Ehegatten das gemeinsame Vermögen zur Hälfte den Erben des Mannes und zur Hälfte den Erben der Frau anfallen soll.“

Es war hiernach das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen.

Erk. des OAG. zu München vom 10. Februar 1849. N. R. 784. [46]/[47].
Seuffert, Archiv Bd. 10. Nr. 275.

VII.

Unter den Anhängern der Ansicht, daß die zum Besten Dritter in dem correspectiven Testamente getroffenen gemeinschaftlichen Bestimmungen, nach Antretung der Erbschaft, von Seiten des Ueberlebenden erfüllt werden müßten, herrscht Streit, ob hierdurch die Freiheit des Ueberlebenden, eine Verfügung inter vivos zu errichten, beschränkt sei.

Einige meinen, es komme hierbei zwar Alles auf die Willensmeinung des Testators an; indessen sei als Regel anzunehmen, daß dem Ueberlebenden freie Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden zustehe, soweit er nicht davon in fraudem fideicommissi Gebrauch mache.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 242.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 905.
Mittermaier, deutsches P.-R. §. 462.

Andere meinen, daß dem Ueberlebenden auch Verfügungen unter Lebenden entzogen seien, und daß er sein Vermögen, der Substanz nach ungeschmälert, den Nacherben überliefern müsse. Es wird zur Begründung dieser Ansicht auf Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. §. 21 u. 29. S. 264 u. 275 Bezug genommen, welcher gezeigt habe, daß die Grundsätze von dem fideicommissum ejus quod superfuturum est hier überall keine Anwendung fänden.

Glück, Pand. Bd. 35. S. 74.

Vergl. auch

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 581 u. 582

Siehe das in Contr. 10. Präj. 1 vorkommende Erk. des OAG. Cassel vom 24. Oct. 1840.

VIII.

Sind die Personen, an welche der Gesammtnachlaß dereinst herauszugeben ist, genau bezeichnet und bestimmt, so haben sie schon beim Tode des Zuerstverstorbenen ein Erbrecht erworben, welches auf ihre Erben transmittirt wird (cf. Mittermaier, deutsches P.-R. §. 462, desgl. Contr.-Lex. Bd. 3. Bedingung Contr. 6. Präj. 4); sind die Personen aber nicht genau bezeichnet, sondern sind im Allgemeinen „die nächsten Verwandten beider Testatoren“ als solche genannt, so sind auch in Beziehung auf die Verwandten des Erstverstorbenen diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit des Ablebens des Längstlebenden die nächsten sein würden, wenn der Erstere jetzt erst verstürbe, weil die Delation erst in diesem Augenblick als geschehen erscheint (cf. Sintenis, Civilrecht §. 178. S. 472). Wenn nun aber Ehegatten sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Ueberlebenden einen Dritten substituirt haben, der Ueberlebende dann zur zweiten Ehe geschritten wäre und in derselben noch Kinder erzeugt hätte, welche also als postumi anzusehen sein würden, so streitet man, ob das Testament dadurch rumpirt werde.

Einige behaupten dies, weil in diesem Falle Notherben präterirt seien.

Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 271
v. Dalwigk, Erbrecht Bd. 1. S. 131.

Andere meinen das Gegentheil, weil sich nicht wohl einsehen lasse, wie durch diese Geburt von Kindern aus

einer zweiten Ehe das Testament des überlebenden Ehegatten, soweit es sein ursprüngliches Vermögen betrifft, rumpirt werden könne:

Glück, Pand. Bd. 35. S. 75.
Bynkershoek, quaest. jur. priv. lib. 3. cap. 10.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 581 u. 582.
Schmidt, hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmat. Th. 2. Nr. 108.

und gestalte sich die Sache dann so: der Substituirte könne zwar auf das Vermögen des wieder verheiratheten Gatten sein Recht nicht mehr geltend machen, weil insofern das Testament rumpirt sei, wohl aber auf das Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten; denn nicht die Disposition dieses sei rumpirt, sondern nur die Disposition des zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten.

Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 582.

IX.

Streitig ist, ob wechselseitige Testamente, welche die Testirer für unwiderruflich erklärt haben, widerrufen werden können (clausula derogatoria).

Einige meinen, der Widerruf stehe jedem Testirer unter allen Umständen zu, selbst wenn ein Testirer auf dies Recht des Widerrufs im Voraus verzichtet haben sollte. Vergl. L. 32. §. 3 de donat. int. vir. et uxor. 24, 1. L. 6 C. qui test. fac. poss. 6, 22. L. 19 C. de test. 6, 23 mit L. 22 pr. D. de leg. III., und ebensowenig habe ein Versprechen des Testirers an den Honorirten, seine Disposition nicht widerrufen zu wollen, verbindende Kraft, L. 52. §. 9 D. pro socio 17, 2. L. 61 D. de verb. obl. 45, 1. L. 15 C. de pact.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 475.
Schweppe, röm. P.-R. §. 889. Not. t. S. 235.
Günther, princ. jur. Rom. §. 791. not. c.

Andere meinen, die vertragsmäßig erklärte Unwiderruflichkeit eines wechselseitigen Testaments sei völlig zulässig; denn auf Stellen des römischen Rechts könne die entgegengesetzte Ansicht sich nicht stützen, da diese Stellen mit den römischen Verboten der Erbverträge zusammenhingen. Wenn nun auch durch die clausula derogatoria das Testament aufhöre Testament zu sein, und in einen wahren Vertrag verwandelt werde, so sei dies doch nur in Bezug auf die Widerruflichkeit der Fall; das Testament werde eine unwiderrufliche Verfügung; im Uebrigen aber bleibe nicht nur die Form der Willensäußerung, sondern auch der wesentliche Inhalt, was insofern von Bedeutung sei, als der Erbe, mit welchem ein solcher Vertrag eingegangen sei, auch in Ansehung der Verbindlichkeiten als wahrer Testamentserbe behandelt werde, wie man dies für den eigentlichen Vertragserben meistens nicht annehme (vergl. Hasse im Rhein. Museum Bd. 2. S. 212). Selbst wenn aber auch ein solcher Unterschied gar nicht vorhanden wäre, so seien doch einmal die Erbverträge in Deutschland giltig; ebensogut wie jede andere einseitig entworfene Verfügung müsse daher auch der Inhalt eines Testaments durch Vertrag bestätigt werden können. Der Name Testament sei hier ohne Einfluß, nur der Wille des Testators sei als entscheidend anzusehen.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 895.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 211.
Stryk, de cautela test. cap. 28. tit. 3. §. 3.
Leyser, sp. 43. med. 6 u. 7. sp. 359. med. 8 u. 9.

Siehe auch clausula derogatoria, insbesondere die zu Contr. 5 angef. Präj.

X.

Wenn die Testirer das wechselseitige Testament nicht für unwiderruflich erklärt haben, so streitet man, ob solche Testamente dennoch nicht einseitig widerrufen werden können.

Einige behaupten die einseitige Unwiderruflichkeit, gestützt auf die Eigenschaft des Erbvertrags, welche die correspectiven Testamente haben sollen.

Stryk, diss. de test. conjug. recipr. §. 74.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 4. Nr. 29.
Puchta, Handb. des gerichtl. Verf. in S. der nicht streit. Gerichtsbarkeit §. 210.
Steuv, synt. jur. civ. exerc. 32. th. 43.
Klein, Rechtssprüche d. Halleschen Juristenfacultät Bd. 1. Nr. 12.

Andere meinen, wenn auch wechselseitige Testamente wahre Anomalien seien, und hauptsächlich aus dem uralten deutschrechtlichen Herkommen, daß in Ehestiftungen zugleich das Erbrecht der Ehegatten bestimmt zu werden pflegte, und überhaupt aus der Natur der Erbverträge hergeleitet zu werden pflegten, so seien sie doch deshalb noch keine Erbverträge. Gestehe man ihnen aber den Charakter von Testamenten zu, so müsse die Widerruflichkeit als Regel angenommen werden.

Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 896.
Leyser, sp. 359. med. 3.
Müller ad Leyser. obs. 632.
Weber, Erläuter. der Pand. §. 1444.
Hasse im Rhein. Museum Bd. 3. S. 245

Präjudiz 1.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß ein correspectives Testament durch übereinstimmenden Willen beider Testatoren widerrufen werden könne. Eine Aufhebung solcher Art wurde aber nicht angenommen, als der Ehemann nur seine Absicht, auf andere Weise über sein Vermögen verfügen zu wollen, vor zwei Zeugen erklärt, und die anwesende Ehefrau die Erklärung genehmigt hatte.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 6. Sept. 1806, in S. Mendörfer c. Funk.

Wurde der Widerruf einseitig erklärt, und zwar während Lebenszeit beider Testatoren, so ist er unter der Voraussetzung statthaft, daß er auf die eigene Verfügung des Widerrufenden, auf dessen eigenes Vermögen sich beschränkt.

Nach dem Ableben des einen Theils hat zwar regelmäßig der Ueberlebende während seiner Lebenszeit ein freies Dispositionsrecht über die Gegenstände des Nachlasses; dagegen läßt sich solches nicht auch eben so bestimmt in Beziehung auf Verfügungen von Todeswegen behaupten; auch nicht im Falle einer ausdrücklichen Verfügung, durch welche dem Längstlebenden der gesammte Nachlaß mit der Befugniß, „darüber völlig nach Gefallen zu disponiren", überwiesen wurde.

Erk. vom 24. Oct. 1840.

Die Antwort darauf, ob ein einseitiger, nach dem Ableben des einen Mitdisponenten erfolgter Widerruf, insbesondere der in einer neueren letztwilligen Verfügung ausgeprägte, zulässig sei, richtet sich darnach, ob derselbe vor oder nach Antretung der Erbschaft aus dem wechselseitigen correspectiven Testamente stattgefunden habe. Geschieht der Widerruf durch den Letztlebenden vor der Erbschaftsantretung, so ist solcher zulässig.

Decis. Cass. Tom. II. dec. 207.

Tritt derselbe aber nach der Erbschaftsantretung des Letztlebenden ein, nachdem dieser die in dem correspectiven Testamente für ihn ausgesetzten Vortheile angenommen oder genossen hat, so ist er der Regel nach ungiltig und unwirksam;

Erk. vom 1. Febr. 1804; vom 22. Sept. 1838; vom 24. Oct. 1840; vom 7. Juni 1843.

und zwar „propter," wie es schon in früherer Zeit von dem OAG. ausgedrückt wurde, „quasi contractum hereditatis aditionis," nicht aber deßhalb, weil ein pactum successorium in einem solchen Testamente enthalten sei. Durch die Erbschaftsantretung des überlebenden Ehegatten erhält dann aber das correspective Testament allerdings die Wirkung eines Erbvertrags, dergestalt daß jener auch die seinen Nachlaß betreffenden Bestimmungen nicht widerrufen oder abändern kann, der dritte letztwillig durch Vermächtniß u. d. g. Bedachte aber ein dingliches Recht erhält.

Erk. vom 23. Mai 1832; vom 4. Juni 1834; vom 22. Sept. 1838.

Indessen erstreckt sich die Verpflichtung des überlebenden Mittestierers zum unverbrüchlichen Festhalten der in dem correspectiven Testamente auch über seinen Nachlaß getroffenen Verfügungen — wegen anzunehmenden mangelnden Interesses des Erstverstorbenen — der Regel nach nicht auf diejenigen Anordnungen, welche in solchem Testamente lediglich über eigene Vermögensgegenstände des Ueberlebenden zu Gunsten dessen Verwandten getroffen worden sind.

Erk. vom 6. Febr. 1819; vom 5. Sept. 1850.

Im Uebrigen kann sich der Ueberlebende, welcher auf den Grund des correspectiven Testaments die Erbschaft angetreten hat, von der hiedurch übernommenen Verpflichtung durch Zurückgabe der Erbschaft des Vorverstorbenen nicht wieder befreien.

Erk. vom 23. Mai 1832.

Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 64.

Präjudiz 2.

In Sachen Bollmann c. Bollmann spricht sich ein Bescheid des LG. zu Wolfenbüttel vom 5. Nov. 1835 hierüber folgendermaßen aus:

In Erwägung,

1) daß die von den Bollmann'schen Eheleuten am 20. Dec. 1816 zu Protokoll erklärten letztwilligen Dispositionen überall nicht als ein Erbvertrag angesehen werden können, und zwar weder nach der muthmaßlichen Absicht der Disponenten, auf welche Absicht es bei Beurtheilung von Geschäften der vorliegenden Art ganz vorzüglich ankommt, noch nach der Form und dem Inhalte der Disposition, zumal im Zweifel gegen einen die freie Verfügung unter Lebenden und auf den Todesfall aufhebenden oder beschränkenden Erbvertrag, und für ein widerrufliches Testament zu präsumiren ist;

2) daß die gedachten testamentarischen Dispositionen der Bollmann'schen Eheleute lediglich in der äußeren Form, da sie in einer und derselben Urkunde niedergeschrieben worden, nicht auch ihrem Inhalte nach, miteinander in Verbindung stehen, folglich ein gleichzeitig errichtetes, nicht ein reciprokes oder ein correspectives Testament vorhanden ist, indem jeder der Testatoren abgesondert von dem andern und ohne Beziehung auf dessen Anordnungen, bloß über sein eigenes Vermögen verfügt; auch eine vorgängige Verabredung der Bollmann'schen Eheleute über die zu treffenden Dispositionen, insofern diese Verabredung in einen giltigen Erbvertrag nicht übergegangen, keine rechtsverbindliche Kraft haben würde, weil das Versprechen, eine letztwillige Verfügung zu treffen, oder die getroffene nicht abzuändern, unwirksam bleibt,

L. 52. §. 9 D. pro socio 17, 2.
L. 61 D. de verb. obl. 45, 1.
L. 22 pr. de legat. III.
L. 15 C. de pact. 2, 3.

und nicht behauptet werden mag, daß die Bollmann'sche Ehefrau,

da sie ihrem Ehemanne nur den lebenslänglichen Nießbrauch ihres Vermögens legirt hat, während er, wenn sie ohne Testament verstorben, von deren Vermögen ein Kindestheil zum Eigenthume, und von den übrigen seinen Kindern als Muttergut zufallenden Antheilen den lebenslänglichen Nießbrauch erhalten haben würde,

Verordn. vom 30. Dec. 1754.

in Rücksicht auf die Anordnungen ihres Ehemannes, so wie von ihr geschehen, zu dessen Gunsten testirt habe;

3) hieraus aber folgt, daß selbst die etwaige Anerkennung des Testaments der Bollmann'schen Ehefrau von Seiten des Ehemannes durch die Annahme des Legats,

welche jedoch daraus allein, daß er das Vermögen seiner Ehefrau nach deren Ableben nießbräuchlich benutzt hat, weil ihm solcher Nießbrauch schon den Gesetzen nach an dem Muttergute seiner Kinder lebenslänglich zustand, nicht zu inferiren steht,

die Aufhebung und Abänderung der letztwilligen Disposition des weiland Halbspänners Bollmann um so weniger verhindern konnte, als die Bollmann'sche Ehefrau in ihrem Testamente nur über ihr eigenes, und nicht zugleich über das ihrem Ehemann zustehende Vermögen, namentlich nicht über den streitigen Halbspännerhof, disponirt hat ꝛc.,

so wird die Appellation abgeschlagen ꝛc.

Dieser Bescheid wurde vom OAG. unterm 13. Sept. 1836 aus folgenden Gründen bestätigt:

Da

1) die errichteten Testamente weder nach der Form, noch nach einer Willenserklärung der Testatoren hierüber, als Erbvertrag betrachtet werden können;

2) dieselben, wenn gleich sie im Eingange von den Testatoren als ein reciprokes Testament bezeichnet werden, doch nach Ausweisung ihres Inhalts nur zwei in einem gerichtlichen Acte, jedoch abgesondert errichtete, verschiedene, von einander unabhängige, ihrer Natur nach an und für sich widerrufliche Testamente sind, wobei die Testatoren weder vertragsweise zur einseitigen Unwiderruflichkeit sich verpflichtet, noch die derogatorische Clausel gegenseitig hinzugefügt haben;

3) insonderheit auch über die Nachfolge im Hofe, weder von beiden Testatoren, noch von der Bollmann'schen Ehefrau in ihrem Testamente, sondern allein von deren Ehemann in seinem Testamente verfügt, dieser auch von seiner Ehefrau in deren Testamente nicht als ihr Erbe, wozu sie ausschließlich ihre Kinder ernannt, eingesetzt, sondern nur mit dem Vermächtnisse des Nießbrauchs ihres Nachlasses ohne Belästigung desselben, namentlich ohne Auflage der Verbindlichkeit, seine Verfügung über die Nachfolge im Hofe nicht zu widerrufen, bedacht worden, und wenn gleich solches nach dem im Eingange dieser Disposition gebrauchten Worte „dagegen" rücksichtlich jener Verfügung geschehen, doch das allenfalls hierin liegende Versprechen gegenseitiger Begünstigung ohne Acceptation die Wirkung eines Vertrags nicht haben kann; — hiernach aber der Ehemann eben so wenig als Erbe seiner Frau aus deren Testamente, noch als Vermächtnißnehmer derselben, noch aus einem Vertrage irgend eine Verpflichtung hatte, sein Testament nicht zu widerrufen,

so wird abgeschlagen ꝛc.

XI.

Die Anhänger der Ansicht, daß wechselseitige Testamente im Allgemeinen nicht unwiderruflich seien, streiten, ob die Hinzufügung der derogatorischen Clausel eine Ausnahme von der obigen Regel bilde.

Einige meinen, die Hinzufügung der derogatorischen Clausel habe die Wirkung eines Vertrags, wodurch das Testament für unwiderruflich erklärt werde. Denn in einem reciproken Testamente liege im Grunde das Versprechen gegenseitiger Erbeseinsetzung, nur könne dieses Versprechen die Wirkung eines Vertrags in der Regel nicht haben, da im Zweifel anzunehmen sei, daß die Testatoren, indem sie diese Verfügungsart erwählten, es auch in Ansehung der Wirkungen bei Dem bewenden lassen wollten, was das gesetzliche Testamentsrecht mit

sich bringe. Würde aber das Versprechen der Erbeinsetzung förmlich acceptirt, so dürfe man nicht zweifeln, daß jetzt auch vertragsmäßige Wirkung, also Unwiderruflichkeit der Verfügung eintrete, da eine solche Verbindung von Vertrags- und Testamentsrecht sogar bei einfachen Testamenten möglich sei. Wenn nun beide Testatoren ihrer Disposition die derogatorische Clausel hinzufügten, so liege **einmal** eine bestimmte, den obenerwähnten Zweifel ausschließende Willenserklärung über die Wirkung der Disposition vor; es sei aber zweitens diese Erklärung in einem gemeinschaftlichen Rechtsacte ausgesprochen, sie lasse sich mithin auch formell als eine Willenseinigung ansehen, wozu es ja einer bestimmten Form auch bei eigentlichen Testamenten nicht bedürfe, sobald nur gegenseitige Einwilligung vorhanden sei. Lege man daher der derogatorischen Clausel bei reciproken Testamenten die Wirkung eines Vertrages bei, so bringe man nur die Regel zur Anwendung, daß, wofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, ein Rechtsgeschäft allemal so auszulegen sei, daß es der Absicht seiner Urheber gemäß und zwar möglichst wirksam bestehe, L. 12 D. de reb. dub. 34, 5.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 221.
Glück, Pand. Bd. 35. S. 67.
Heimbach im Rechtslexikon Bd. 10. S. 896.

Andere meinen, wenn es auch möglich sei, daß bei Verfügungen solchen Inhalts, die Merkmale der vertragsmäßigen und testamentarischen Erbfolge so in einander verschwänden, daß es schwer sei, den eigentlichen Charakter derselben zu erkennen und zu bestimmen; wenn ferner auch zuzugeben sei, daß die vorhandenen Zweifel häufig durch Umstände aufgewogen würden, welche mehr für die Natur eines Erbvertrages sprächen — so sei damit die Unwiderruflichkeit eines **Testamentes**, einer letztwilligen Verfügung, welche wirklich als ein solches anerkannt werden müsse, und nicht für einen Vertrag gehalten werden könne, als rechtlich **möglich** noch lange nicht bewiesen. Vielmehr sei gar kein Grund vorhanden, die gewöhnlichen Regeln vom Widerrufe der Testamente nicht zur Anwendung zu bringen.

Sintenis, Civilrecht Bd. 3. §. 178. Not. 3.
Huber, prael. ad P. 28. 3. §. 4.
Harprecht, diss. de test. correspect. §. 9 u. 12.
Harprecht, diss. de reciproci inter conjuges, sed coacti testam. revocatione cap. 1. § 9.
Leyser, sp. 359. med. 9.
Müller, diss. de test. conj. recipr. mutabil. §. 18.

Siehe die Präj. zu Controv. 10.

XII.

Diejenigen, welche Vertrag und Unwiderruflichkeit annehmen, **streiten wieder in Ansehung der Frage, wann diese Unwiderruflichkeit ihren Anfang nehme.**

Einige meinen, schon die vorgängige Verabredung unter den Testatoren, man wolle so und so zusammen verfügen, sei für einen unwiderruflichen Vertrag zu halten.

Klein in den Rechtssprüchen der Halleschen Jurist.-Fac. Bd. 1. Nr. 12. S. 99.

Andere lassen erst durch die Errichtung des Testaments die wechselseitige Gebundenheit eintreten.

Schilter, praxis jur. Rom. exercit. 39. §. 56.
v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 4. Nr. 29.

Andere nehmen zwar die gegenseitige Gebundenheit nicht an, lassen aber den Ueberlebenden durch den Antritt der Erbschaft aus dem Testamente des Vorverstorbenen, von da an aber nun auch schlechterdings gebunden werden.

Hommel, Rhapsod. I. obs. 166.
Pütter, auserles. Rechtsfälle Bd. 1. Nr 42. §. 6.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 38. S. 238.

Andere stellen die Entscheidung der Frage über die Unwiderruflichkeit darauf, ob die beiden Testatoren ganz ausdrücklich sagten, daß sie Beide, ein Jeder von ihnen, über ihrer Beider Gut und ihrer Beider Nachlaß verfügten.

Cannegieser, decis. Hasso-Casselan. T. I. dec. 43. Nro. 25—46.

Präjudiz 1.

In den Motiven eines von dem OAG. zu **Cassel** am 4. Juni 1834 gefällten Urtheils kommt der Satz vor: Ein correspectives Testament erhält durch die Antretung der Erbschaft von Seite des überlebenden Ehegatten die Wirkung eines Erbvertrages, so daß der überlebende Mitdisponent auch die seinen Nachlaß betreffenden Bestimmungen nicht widerrufen oder abändern kann. In Gemäßheit dieses Rechtssatzes kommt den in diesen Bestimmungen durch Vermachung gewisser Grundstücke Honorirten die Befugniß zu, zur Sicherung ihrer zufolge der geschehenen Erbschaftsantretung bereits erworbenen Rechte eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der vermachten Grundstücke in das öffentliche Hypothekenbuch (resp. überhaupt in das zu solchen Zwecken amtlich geführte Urkundsbuch*) eintragen zu lassen.

Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 94.

*) Im gegebenen Falle handelte es sich von einem Eintrage in das in Kurhessen bestehende „**Währschafts- und Hypothekenprotokoll.**"

Präjudiz 2.

Wenn zwei Eheleute gemeinschaftlich über ihr Vermögen letztwillig verfügen, diese Verfügung als ein Testament bezeichnen, und auch übrigens die Formen eines giltigen Testaments beobachten, so wird dadurch zugleich von ihnen die Absicht kundgegeben, keinen Erbvertrag abschließen zu wollen. . . . . . Hieraus folgt indessen noch keineswegs so viel, daß es allemal von dem Belieben des Einen der Testirenden abhänge, die von ihm getroffenen Verfügungen zu widerrufen, und daß die letztwillige Verordnung des überlebenden Theils, wenn er den Verstorbenen als Erben eingesetzt hat, durch dessen früheren Tod auch hinsichtlich der übrigen Dispositionen für erloschen anzusehen sei. Gemeinschaftlich errichtete Testamente sind, so weit ihr Inhalt correspectiv, nach Analogie der Erbverträge zu beurtheilen, und stehen in ihrer Wirkung den Erbverträgen gleich, zumal dann, wenn der Ueberlebende das Testament nach dem Ableben des Vorverstorbenen anerkannt und darnach die Erbschaft angetreten hat. Nur solche, in einem gemeinschaftlichen Testamente einseitig getroffene Anordnungen, welchen nicht die Rücksicht auf den Verstorbenen und dessen Willensmeinung unterliegt, und welche keine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Testirenden, oder keine dem Vorverstorbenen von dem Ueberlebenden ertheilte Zusage, sondern eben nur den Ausdruck der einseitigen Willensmeinung des Ueberlebenden enthalten, sind als revocabel und durch das Ableben des zum Erben angesetzten Mittestirenden erloschen zu betrachten. Ganz richtig bemerkt daher

Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 38. §. 1428. S. 226 f. 244.

es handle sich bei der Beurtheilung gemeinschaftlich errichteter letzter Willen vornehmlich mit um eine quaestio facti, nämlich um die Ermittelung der eigentlichen Willensmeinung der Testirenden, wobei man in jedem vorkommenden Falle den Inhalt der Disposition sorgfältig in's Auge zu fassen habe. . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom Monat Jänner 1853, in S. Geasin c. Donath.

Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 180.

XIII.

Streitig ist, wenn die Eröffnung eines reciproken Testamentes erfolgen müsse.

Einige meinen, wenn einer der Testirer mit Tode abgegangen sei, müsse die Testamentseröffnung erfolgen, falls nicht von den Erblassern das Gegentheil verfügt sein sollte.

Mittermaier, deutsch. P.-R. §. 462.
Seuffert u. Glück, Bl. für Rechtsanw. Bd. 6. S. 289.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 43. S. 379.
Allg. jurist. Zeitung von Elvers und Bender de 1829. S. 61.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 583.

Andere meinen, die Publication des Testaments müsse nach dem Ableben des zuerst Verstorbenen erfolgen, und eine Möglichkeit, daß die Erblasser solches verbieten und aufschieben könnten, bestehe nicht. Denn was solle mit dem Nachlasse des Erstverstorbenen bis dahin werden? Das Verbot sei deshalb im Allgemeinen wirkungslos, und könne möglicherweise und zufällig nur Erfolg haben, z. B. wenn die Testatoren Ehegatten wären, welche in Gütergemeinschaft lebten, oder einen Ehevertrag mit Rücksicht auf die Todesfälle gemacht hätten, wonach etwa der Ueberlebende zeitlebens den Nießbrauch an dem Nachlasse des Andern erhalten sollte, und die Vermögensverhältnisse geordnet wären, so daß nicht etwa Schulden halber oder um Klagen zu erheben, nöthig werde, zu erforschen, wer eigentlich Erbe sei.

Sintenis, Civile. §. 178. Not. 9.

Präjudiz 1.

Die Frage, zu welcher Zeit die Eröffnung eines von mehreren Personen gemeinschaftlich errichteten Testaments verlangt werden könne, ist in den Gesetzen nicht entschieden. Haben auch die Testatoren darüber keine Bestimmung getroffen — etwa durch eine Bemerkung auf dem Umschlag der Testamenturkunde — so ist die muthmaßliche Absicht der letzteren zur Richtschnur zu nehmen. Im Allgemeinen ist es aber für wahrscheinlicher zu halten, es sei bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments der Wille der Testatoren gewesen, daß sogleich nach dem Tode des zuerst Sterbenden die Eröffnung erfolge. Sollte der letzte Wille eines Verstorbenen bis zu dem vielleicht erst viele Jahre später erfolgenden Tode des Mittestators geheim bleiben, so würde die Antretung der Erbschaft des Verstorbenen ebenso lange aufgehalten, und so zugleich der Verlust mancher seiner Rechte herbeigeführt werden, welchem auch durch die Anordnung eines curator hereditatis jacentis, bei dem so sehr beschränkten Umfange der Befugnisse eines solchen, keineswegs ganz vorgebeugt werden könnte. Unterstellt man nun aber bei den Testatoren diesen Willen, so liegt dann in der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ein wechselseitiger Verzicht auf Bewahrung des Geheimnisses des Testamentsinhaltes von der Zeit an, wo einer von ihnen sterben wird; und es kann demnach, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist, der Ueberlebende die einmal erfolgte, als Vertrag sich darstellende Verzichtleistung nicht zurücknehmen.

Diesen Grundsätzen entsprechend hat das OAG. zu Cassel sowohl auf den Antrag der Vormünder hinterlassener Kinder, als eines Gläubigers des vorverstorbenen Testators, die alsbaldige Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments, ohne Rücksicht auf den Widerspruch des überlebenden Mittestators, für zulässig erachtet, jedoch mit der sich von selbst verstehenden Beschränkung, daß die selbstständigen Dispositionen des überlebenden Mittestators von der Veröffentlichung ausgeschlossen blieben.

Decrete vom 18. August 1832 und 4. Sept. 1847.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 310.

Weiber als Zeugen bei dem testament. ad pias causas, s. testamentum ad pias causas c. 4.

— — als Zeugen bei dem testam. pestis tempore condit., s. testamentum pestis temp. cond. c. 4.

Weiberstamm, ob er nach Abgang des Mannsstamms in Familienfideicommisse succedirt? s. Familienfideicommisse c. 3.

Widerruf der donatio mortis causa, s. donatio mortis causa c. 7.

— — des Legats durch Codicille, s. Codicille c. 24; desgl. Vermächtnisse B.

— — eines Testaments, s. Testamente, deren Widerruf.

— — eines Testaments vor Gericht, s. Testamente, deren Widerruf c. 7. 9. 10.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I.

Streitig ist, ob die schon geschehene Entrichtung von Vermächtnissen giltig bleibe, wenn sich ein Erbe gegen die Antretung der Erbschaft restituiren läßt.

Einige bejahen dies, gestützt auf L. 22. L. 31 D. 4, 4. L. 1 D. ut in poss. leg. 36, 4. L. 3 C. 7, 2.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 479.

Andere meinen, schon die Natur der Sache spreche hiergegen; denn eine Restitution gegen die Antretung der Erbschaft setze nothwendig eine Läsion voraus, welche wohl nur in einer Insuffizienz der Erbschaft bestehen könne. Aber auch die L. 5 D. de cond. indeb. 12, 6 spreche ganz entscheidend gegen die Ansicht der Gegner, und die von den Gegnern für ihre Ansicht angeführten Gesetze seien ganz unbeweisend. Die L. 1 cit. erwähne eines bereits entrichteten Vermächtnisses mit keinem Worte, die L. 31 cit. und L. 3 C. cit. sprächen nur den Satz aus, daß Zahlungen an die Gläubiger und fideicommissarische, vom Erben prästirte Freilassungen auch nach erlangter Restitution regelmäßig giltig bleiben, welches beides sich von selbst verstehe, und keinen Schluß auf bezahlte Vermächtnisse zulasse, und die L. 22 cit. beweise nur, daß der Restituirte selbst den Gläubigern wegen schon gezahlter Vermächtnisse nicht hafte; davon aber, daß die Creditoren solche Vermächtnisse nicht condiciren könnten, rede sie mit keinem Worte.

v. Vangerow, Pand. §. 539.
Francke, Beiträge 1. S. 142.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 861.

(Vgl. hiergegen die obergerichtliche Entscheidung in Elvers' allg. jurist. Zeitung vom Jahre 1830. S. 207.)

II.

Ueber Restitution gegen Erbschaftsantretung

vergl. Th. 1. Abth. 2. S. 462 f. dieses Controv.-Lexikons.

Präjudiz 1.

Der geschehenen Anerkennung des Testaments ungeachtet, würde unter Voraussetzung der geeigneten Umstände eine Anfechtung des Testaments annoch zuzulassen sein,

L. 5 pr. §. 1 D. de his quae ut indign. 34, 9.

L. 43 D. de hered. pet. 5, 3.

und es hat Klägerin bereits in der vorigen Instanz eventuell um Restitution gegen die Anerkennung nachgesucht, deren Möglichkeit an und für sich nicht zu bezweifeln ist,

L. 8. §. 5 D. de bon. libert. 38, 2.

und hat in dieser Instanz den Irrthum als Restitutionsgrund namhaft gemacht.

Allein das Restitutionsgesuch ist nicht gehörig substantiirt, und insbesondere nicht angeführt, ob die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen factischen oder wegen rechtlichen Irrthums habe gebeten werden sollen.

Den factischen Irrthum anlangend, kann die Unbekanntschaft oder Vergessenheit hinsichtlich eigener Handlungen nicht leicht Entschuldigung finden,

L. 7 D. ad SC. Vellej. 16, 1.

und niemals zum Zwecke der Erlangung eines Vortheils, sondern höchstens behuf Abwendung eines Schadens berücksichtigt werden.

L. 5. §. 1 D. pro suo 41, 10.

Ueberdem läßt sich nicht annehmen, daß der Wittwe der Inhalt ihrer Ehestiftung unbekannt gewesen oder in Vergessenheit gerathen sei, da sie in ihrem Testamente ausdrücklich auf solche Ehestiftung sich bezogen, dennoch aber vermittelst des späteren Vertrags vom 13. Mai 1828 in Gemäßheit des Testaments ihres Ehemannes dem Beklagten die Höfe nebst Zubehör und Inventarien förmlich abgetreten, also das Testament durch dessen Befolgung damit anderweit anerkannt hat.

Soviel hiernächst den Rechtsirrthum betrifft, so wird auch dieser, wenn er überhaupt entschuldbar ist, namentlich den Frauen,

L. 11. L. 13 C. de jur. et fact. ignor. 1, 18

L. 8 D. eod. 22, 6.

und dem rustico,

L. 1. §. 5 D. de edendo 2, 13.

L. 2. §. 1 D. si quis in jus voc. 2, 5.

L. 7. §. 4 D. de jurisd. 2, 1.

bloß alsdann nachgesehen, wenn die Vermeidung eines positiven Schadens, nicht aber wenn die Nachholung eines Vortheils oder Gewinns, wohin die Versäumung eines Erbschaftserwerbes oder die Verzichtleistung auf eine Erbschaft gehört,

L. 6 pr. §. 2. 4 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

L. 28 pr. D. de verb. sign. 50, 16.

in Frage steht, indem es mehrfach entschieden ist, daß ein auf eine Erbschaft ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Verzicht, um einer zum Grunde liegenden Rechtsunkunde willen, nicht wirkungslos gemacht werden kann,

L. 1. §. 3 u. 4. L. 9 D. de jur. et fact. ignor. 22, 6.

L. 2. L. 3 C. eod. 1, 18.

L. 1 C. de in integr. rest. 2, 22.

Hierzu kommt, daß die dermalige Lage der Sache eine Restitution gegen die Verzichtleistung der Erbschaft nicht mehr zuläßt,

L. 24. §. 2 D. de minorib. 4, 4.

L. 6 C. de repud. vel abst. hered. 6, 31.

und es muß nach Ansicht des Testaments der Wittwe Günther und in Erwägung der sonstigen Umstände geradezu behauptet werden, daß eine Anfechtung des Testaments ihres Ehemanns der deutlich erklärten Willensmeinung der Wittwe Günther durchaus widerstreitet, daß also auch Klägerin, als Erbin der Letzten, nicht zur Anfechtung des Testaments nach vorgängiger Restitution, sondern nur zur Verfolgung der Ansprüche wegen der Illaten berechtigt erscheinen würde, wenn nicht diese Ansprüche, den bekannten Grundsätzen des Bauernrechts zufolge, wonach eine Zurückforderung des Eingebrachten nicht stattfindet, gänzlich unbegründet wären.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 19. Dec. 1833, in S. Germer c. Basel.

Bestätigt durch das Erk. des OAG. vom 21. Februar 1834.

Präjudiz 2.

. . . wird für Recht erkannt:

Es läßt sich nicht bezweifeln, daß die Appellanten die Erbschaft des weiland Schuhmachers und Brinksitzers Feldmann in Abbenrode, welche den Feldmann'schen Kindern als suis heredibus ohnehin von Rechtswegen erworben war, wirklich angetreten haben, und wenn dieses nicht schon aus den combinirten Vormundschaftsacten deutlich genug hervorginge, so würde eine factische Erbschaftsantretung daraus zu folgern sein, daß Appellanten sich den von den Appellaten erhobenen Klagen*), die lediglich gegen die Feldmann'schen Erben als solche gerichtet waren, und gerichtet werden konnten, ohne Widerspruch gegen die behauptete Erbenqualität einzulegen, unterzogen haben.

§. 7 Inst. de hered. qualit. 2, 19.

L. 20 D. de acquir. hered. 29, 2.

Ebensowenig kann angenommen werden, daß den Appellanten die gebetene Restitution gegen die Annahme der Erbschaft vom Gerichte erster Instanz bereits ertheilt sei, indem die auf die Erklärung der Appellanten vom 22. Sept. 1832 abgegebenen Verfügungen nur die nach Lage der Sache nothwendig gewordene Erforschung des Feldmann'schen Schuldenbestandes und die Sicherung des Activvermögens zum Zwecke hatten, damit die fortbestehende Verbindlichkeit, die Erbschaftsschulden zu berichtigen, sehr wohl vereinbarlich und von der Ermittelung des Betrages der Schulden wenigstens, die Genehmigung des Restitutionsgesuches abhängig war.

Diesemnach ist zu untersuchen: ob den Feldmann'schen Erben die gebetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die Annahme der Erbschaft ertheilt werden könne.

1) Die Wittwe Feldmann anlangend, so sind Weiber als solche nicht den Minderjährigen gleich zu achten, und haben keinen Anspruch auf Restitution. Auch die Rusticität enthält keinen genügenden Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, kann vielmehr nur zur Unterstützung eines anderen Restitutionsgrundes dienen.

Der Wittwe Feldmann steht aber ein anderer Restitutionsgrund um so weniger zur Seite, als ihr die eigene Illatenforderung, welche allein den sofort nach dem Tode ihres Ehemannes constatirten Vermögensbestand bei weitem übersteigt, nicht unbekannt sein konnte, und es ist daher deren Restitutionsantrag mit Recht zurückgewiesen.

L. 16. L. 26. §. 1 u. 6 D. ex quib. caus. maj. 4. 6.

2) Anders verhält es sich dagegen mit den drei Feldmann'schen Kindern, welche zur Zeit der Erwerbung der Erbschaft sämmtlich minderjährig waren, und denen aus diesem Grunde, sofern sie durch die Annahme der Erbschaft einen Nachtheil sich zugezogen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden kann.

L. 1. 2. 3. 5 C. si tut. vel curat. interv. 2, 25.

L. 67. §. 1 D. de acquir. hered. 29, 2.

L. 1. 2 C. si minor ab hered. se abst. 2, 39.

Es wird dieses auch sowohl vom Gerichte erster Instanz als von den Appellaten anerkannt, auch ist das Restitutionsgesuch der Feldmann'schen Kinder bloß deshalb verworfen, weil der Wittwe Feldmann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgeschlagen war, solchemnach bei der eingetretenen

*) Im Oct. 1831 hatten die Appellaten, und zwar die Mitappellatin Wittwe Homeister wegen einer Forderung von 53 Thlr. 18 Gr. und der Mitappellat Lederhändler Bremer wegen einer Forderung von 63 Thlr. 18 Gr. Klage gegen die Appellanten erhoben, von den Appellanten war die Einlassung auf die Klagen erfolgt, und nach erfolgtem verurtheilenden Erkenntnisse Execution gegen die Appellanten verfügt, resp. in dem andern Prozesse nach erfolgter Beweisaufnahme auf Ableistung eines Reinigungseides erkannt. Am 22 Sept. 1832 erfolgte eine Erklärung der Appellanten, daß sie die Erbschaft ausschlagen wollten.

Erlöschung der Forderungen der Wittwe Feldmann an den Erblasser eine Verschuldung des Nachlasses des letzten in Gemäßheit des Inventars nicht vorhanden sei, es mithin an einer Läsion für die Feldmann'schen Kinder mangele.

Allerdings ist die Restitution von dem Dasein einer Verletzung, als ihrer Bedingung, abhängig und es tritt nach geschehener Erwerbung der Erbschaft eine Confusion des Vermögens der Erben und des Erblassers in der Art ein, daß die gegenseitigen Schulden und Forderungen für bezahlt gehalten werden.

L. 5 C. de hered. act. 4, 16.
L. 7 C. de pact. 2, 3.

Allein es versteht sich von selbst, daß diese Confusion nur nach Verhältniß des Gedantheils stattfindet, und daß ein Erbe, welcher andere Erben neben sich hat, seine Forderungen an den Erblasser von den Miterben pro parte coheredom einzuklagen berechtigt bleibt.

L. 50 D. de fidejuss. 46, 1.
L. 7 C. de negot. gest. 2, 19.
L. 7 C. de bonis auct. jud. 7, 72.
L. 1 C. de hered. act. 4, 16.

Im vorliegenden Falle würde daher die Wittwe Feldmann, ungeachtet sie die Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes zu $^1/_4$ acquirirt hat, von ihren Kindern und Miterben, wenn das Restitutionsgesuch der letztern abgeschlagen wird, $^3/_4$ der Illaten zu verlangen befugt sein, und da diese Illaten, deren liquidirten Betrag die Feldmann'schen Kinder nicht bestreiten, bedeutend größer sind, als der Activbestand der Erbmasse, so sind die Feldmann'schen Kinder durch die geschehene Annahme der Erbschaft unstreitig lädirt.

Es ist ihnen daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gestatten, und kommt es hierbei nicht darauf an, daß von den Gegnern die Illatenforderung der Wittwe Feldmann in Abrede gestellt worden, da den Feldmann'schen Kindern nicht zugemuthet werden kann, sich dieserhalb vorgängig mit ihrer Mutter in einen lästigen und kostspieligen Prozeß einzulassen.

L. 6 D. de minor. 4, 4.

Nach erfolgter Restitution der Feldmann'schen Kinder gegen die Antretung der väterlichen Erbschaft wird die Frage entstehen, ob die Wittwe Feldmann, welche für ihre Person kein Recht hat, sich der Erbschaft zu entäußern, das Accrescenzrecht ablehnen darf, und in wie weit sie die auf der Erbschaft haftenden Schulden zu berichtigen verbunden ist?

Hierüber kann jedoch in der gegenwärtigen Instanz keine Entscheidung erfolgen, vielmehr muß dem Herzogl. Kreisgerichte Braunschweig auf die desfallsigen Anträge der Parteien nach weiter zugelegten Verhandlungen in Gemäßheit der Gesetze,

L. 55. L. 61 D. de acquir. hered. 29, 2.

dieserhalb rechtliche Verfügung zu treffen überlassen bleiben.

Aus diesen Gründen wird erkannt:

daß die Beschwerde der Wittwe Feldmann als unbegründet zu verwerfen, die Beschwerde der Feldmann'schen Kinder aber für erheblich zu erachten, und auf die Appellation der Letztern der Bescheid des Herzogl. Kreisgerichts Braunschweig vom 25. März d. J. dahin abzuändern:

daß den Feldmann'schen Kindern die erbetene Restitution gegen die Erwerbung der väterlichen Erbschaft zu ertheilen sei.

Die Kosten dieser Instanz u. s. w.

Erk. des LG. zu Wolfenbüttel vom 8. Dec. 1834, in S. Feldmann c. Homeister und Cons.

Präjudiz 3.

In Sachen Aldefeldt c. Seiffert entschied das OLG. zu Wolfenbüttel am 16. März 1848:

Da nicht nur eine Verletzung, sondern auch ein gesetzlicher Grund vorhanden sein muß, wenn gegen ein dem strengen Rechte nach giltiges Rechtsgeschäft oder Verlust eines Rechts Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden soll, und dem erlittenen Verluste nicht eigenes Verschulden zum Grunde liegen darf,

L. 15. §. 3. L. 16. L. 26. §. 1 u. 6 D. ex quib. caus. major. 4, 6.

ein Irrthum in Ansehung der vorhandenen Thatsachen an sich zu jenen Gründen nicht gehört,

Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilrechts §. 562.
Sintenis, Civilrecht §. 36. S. 380.

daher nur in sofern in Betracht kommen kann, als die übrigen concurrirenden Umstände ihn zu einer genügenden causa restit. ex claus. gener. erheben;

nun aber Appellantin, durch die früherhin gegen die Appellatin wegen Theilung des mütterlichen Nachlasses erhobene Klage, die ihr ex testamento deferirte Erbschaft pure antrat, und wenn man auch davon absehen wollte, daß die beantragte Restitution diesemnach nicht bloß gegen eine Versäumniß, gegen ein Unterlassen einer Handlung allhier gerichtet werden muß, als welche nur würde statthaben können,

v. Vangerow, Leitfaden Bd. 1. S. 253.

sondern auch gegen eine positive Thätigkeit, ein vorgenommenes Rechtsgeschäft, dennoch das eigene Verschulden der Partei hier klar vorliegt, weil dieselbe im Besitz der Nachlassenschaft und der Kenntniß von deren Umfange zu jener Antretung vorschritt und selbst da noch, als sie im Fortgange des Prozesses davon Kunde erhielt, daß ihre Gegnerin die Erbschaft ausgeschlagen hatte, durch Fortsetzung des Prozesses ihr Beharren bei jener Maßregel zu erkennen gab, eine etwa ertheilte irrige oder unzweckmäßige Rathsertheilung von Seiten ihres Rechtsbeistandes ihr dabei auch nicht zu Statten kommen kann,

so wird ꝛc. abgeschlagen.

Dieses Erkenntniß wurde bestätigt durch Bescheid des OAG. vom 1. Dec. 1848.

. . . wird mitgetheilt, und,

obgleich — selbst seitdem in der Rechtswohlthat des Inventars dem Erben ein ausreichendes Mittel, sich gegen die Nachtheile der Antretung einer überschuldeten Erbschaft zu sichern, gewährt worden, — die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Nutzen und alsdann statthaft sein kann, wenn sie gegen die Versäumung der Inventarerrichtung aus einer gesetzlich gebilligten Ursache gesucht wird;

dennoch die Appellantin ihr Restitutionsgesuch in dieser Weise nicht formulirt und substantiiet, auch nachdem sie von der Versäumung und deren Folgen mindestens durch ihren jetzigen Rechtsbeistand unterrichtet, und somit jedes Hinderniß gehoben war, auf Errichtung des Inventars über den in ihrem Besitz befindlichen mütterlichen Nachlaß weder innerhalb der gesetzlichen Fristen noch überhaupt bis jetzt Bedacht genommen hat;

gleichwohl bei Versäumung von Fristen das Restitutionsgesuch innerhalb des ursprünglich für die fragliche Handlung vorgeschriebenen Zeitraums, vom Aufhören des Hindernisses an gerechnet, eingebracht,

L. 26. §. 7. 8 D. ex quib. caus. maj. 4, 6.
L. 50 D. de minor. 4, 4.
L. 10. §. 23 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

regelmäßig also die versäumte Handlung innerhalb solcher Frist nachgeholt und die Nachholung mit dem Restitutionsgesuche verbunden werden muß,

arg. O.-App.-Ord. §. 132.

von der Appellantin indeß die anderweit nach gehobenem Hindernisse eingetretene Versäumung weder entschuldigt, noch deshalb um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten ist,

so wird ꝛc. abgeschlagen.

Willkür des Onerirten, ob Testamente darin derstellt werden können, s. Testamente, deren Inhalt c. 1. 2.

Willkürliche Handlung des Erben, ob ein Legat davon abhängig gemacht werden kann, s. Vermächtnisse A. c. 5.

Wittwen, arme, deren Collation, s. Collationspflicht c. 11.

— — welche sich innerhalb des Trauerjahrs verheirathen, deren Erbfähigkeit, s. Erbunfähigkeit, absolute c. 11.

Wittwen und Wittwer, deren Erbrecht, s. Intestaterbfolge der armen Wittwe.

Wittwenkasse, Einkauf in dieselbe, ob darin eine Schenkung von Todeswegen enthalten sei, s. donatio mortis causa c. 4.

Wohlthätigkeitsanstalten, deren Erbeinsetzung, s. Erbunfähigkeit B. c. 9.

Würde, deren Einfluß auf Suität, s. suus heres c. 3. 4.

Z.

Zahl, durch welche Erbquoten ausgedrückt sind, s. testamentum parentum inter liberos c. 15.

Zahlung der Erbschaftsschulden und Legate aus Irrthum, s. hereditatis petitio c. 8. 11. 12.

Zauberer, Verkehr mit denselben, s. Enterbungsursachen c. 6. 7. 8.

Zehnjähriger Zeitablauf, dessen Einfluß auf Testamente, s. Testamente, deren Widerruf c. 2. 3.

Zeit, s. Zeitverhältnisse; desgl. Bedingung c. 6.

Zeitverhältnisse.

Vergl. Controv.-Lex. Bd. 1. Abth. 2. S. 488 f.

I.

Streitig ist, welcher dies als certus und welcher als incertus gelte.

Einige stellen die Regel auf: ein Vermächtniß, hinterlassen von einem in aller Rücksicht gewissen Tage, gelte dem unbedingten gleich; sei aber der Tag in Ansehung der Frage, wann er existiren? oder ob der Honorirte ihn erleben wird? ungewiß, so sei das Legat als ein bedingtes zu behandeln.

Thibaut, System §. 95. vergl. mit §. 956.

Andere meinen, ein dies certus sei allemal dann vorhanden, wenn über das Ob und Wann Gewißheit bestehe, obgleich es ungewiß sei, ob der Honorirte ihn erlebe.

Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 460.

Andere meinen, wenn es noch ungewiß sei, ob der dies überhaupt eintreten werde, so sei derselbe als Bedingung zu behandeln; wenn dies aber gewiß, und nur etwa noch das „Wie bald?" unentschieden sei, so suspendire der dies a quo zwar die Geltendmachung, nicht aber den Erwerb.

Schweppe, röm. P.-R. §. 120.

Andere meinen, daß bloß die Ungewißheit, wann ein Tag eintreten werde, nicht als Bedingung angesehen werde.

Seuffert, Lehrbuch §. 611.
Warnkönig, Comment. jur. R. t. §. 149 b.
Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 88 f.

Andere meinen, es komme bei letztwilligen Anordnungen auf die Sachlage an, es sei also quaestio facti, ob der Testator den Anfall des Rechts oder bloß die Erfüllungszeit habe hinausschieben wollen; nur müsse, um letzteres annehmen zu können, dies mit Sicherheit zu erkennen sein.

Zimmern im civil. Archiv Bd. 9. S. 362.

Andere stimmen diesem bei, wollen aber die wahrscheinliche Absicht des Testators bloß dann berücksichtigt wissen, wenn die Ungewißheit lediglich die quaestio quando betreffe, wogegen, wenn das Ob zweifelhaft sei, das Recht immer für ein bedingtes gelten müsse, falls nicht klar erwiesen werden könne, der Erblasser hätte sich wider seinen Willen falsch ausgedrückt.

Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtswiss. Bd. 2. S. 182 f.
Sell, Lehre von den unmögl. Beding. Bd. 2. S. 12—15.

Andere meinen, die Zeit sei bloße Form der Anschauung; der Begriff von gewiß oder ungewiß könne sich aber nur auf wirkliche Thatsachen und Lebenserscheinungen fixiren. Die Zeitbestimmung könne daher nur dadurch gewiß oder ungewiß werden, daß sie an eine Begebenheit geknüpft werde, welche entweder nothwendig kommen müsse, oder von ungewissem Zufalle abhänge. Wo nun eine solche Zufälligkeit über das vom Testator Gewollte bestehe, da sei eine Bedingung gegeben; wo hingegen bloß die Zeit des Empfanges für den Legatar in die Zukunft hinausgerückt sei, da sei das Legat unbedingt, und der Legatar transmittire es auf seine Relicten, wenn er auch vor dem damit onerirten Erben sterben sollte. — Wenn daher die Legatbestimmung rein an eine Zeit geknüpft sei, so sei sie unbedingt, sei sie an eine dieser Zeit angehörige Begebenheit geknüpft, nämlich daß der Legatar den gesetzten Zeitpunkt erleben werde, so sei das Legat bedingt, L. 4 pr. D. 36, 2. L. 49. §. 2 u. 3 D. de leg. I. L. 79. §. 1 D. 35, 1. Die Entscheidung hierüber sei aber bloß Gegenstand der Interpretation, L. 5 C. 6, 53. L. 22 D. 22, 2. — Unvollkommenheiten der Sprache ließen freilich öfter Zweifel übrig, ob der Wille des Testators nur auf die Zeit (nämlich auf das Fälligwerden des Legats zu dieser Zeit) oder auf die ungewisse Begebenheit, welche in diese Zeit fallen solle, gerichtet sei; daher werde hierbei auch zuweilen der verständigen Beurtheilung oder der Erforschung des muthmaßlichen Willens des Testators Raum gegeben, L. 46 D. 36, 1. — Ein Zeitpunkt könne vom Testator auch wohl durch eine Begebenheit bezeichnet sein, z. B. nach Ableben meines Erben; — ob aber hier immer nur die Zeit, wann das absolut Gewollte geschehen solle (mithin ein unbedingtes Legat), oder die Begebenheit (ein bedingtes Legat) als das Wesentliche anzunehmen sei? darüber könnten leicht Zweifel entstehen. Das Wenn und Wann, si und quando, würden oft verwechselt. In der Regel aber entschieden die Gesetze da, wo der Wille des Testators ausdrücklich an eine Begebenheit geknüpft sei, für ein bedingtes Legat. — Es müsse daher, um ein unbedingtes und da-

her sogleich transmissibles Legat anzunehmen, entweder aus den Worten, oder aus der präsumtiven Absicht des Testators hervorgehen, daß er bloß die Zahlungszeit des Legats verschieben wollte.

Gottschalk, discept. for. T. III. p. 45
Leyser, sp. 404. med. 9.
Böhmer, auserles. Rechtsf. Bd. 1. Nr. 11.
Gebr. Overbeck, Medit. Bd. 4. S. 271.
Holzschuher, Th. 2. Abth. 1. S. 794.

Vergl. Bedingung.

Präjudiz 1.

Das Erlanger Spruchcollegium wies in der Pfarrer Zinn'schen Nachlaßsache (vergl. oben Wechselseitige Testamente Controv. 3. Präj. 2. S. 280) die Kläger als des Erblassers Geschwisterkindeskinder als Miterben zur Hälfte des gesammten Nachlasses der Zinn'schen Eheleute zurück, aus folgenden Gründen:

Nach den Worten des Testaments sind nur der Testirer beiderseitige leibliche Geschwister und deren Kinder als Fideicommißerben eingesetzt. Der Geschwisterkindeskinder ist nirgend im Testamente Erwähnung geschehen. Sie können auch unter den Geschwisterkindern nicht verstanden werden, weil die Worte Kinder und Kindeskinder ganz verschieden sind, und unter der ersteren Benennung, besonders wenn von Fideicommissen die Rede ist, nur Descendenten des ersten Grades, nicht aber der späteren Grade verstanden werden. Es kommt Alles darauf an, ob durch den Tod des Pfarrers Zinn, und also schon beim Leben der Fiduciarin, den damals noch am Leben gewesenen Zinn'schen Geschwisterkindern die Erbschaft des Testirers zur Hälfte dergestalt angefallen sei, daß sie dieselbe, auch ohne weitere Anerkennung, nach ihrem, wenn gleich noch vor dem Ableben der Fiduciarin, erfolgten Tode wieder auf ihre Erben, als die in den Acten benannten Geschwister Kindeskinder des Testirers hätten transmittiren können? Dieses ist zu verneinen, weil das in dem reciproken Testamente enthaltene Fideicommiß für ein bedingtes zu halten ist, indem solches nicht eher als nach dem Tode des überlebenden Zinn'schen Ehegatten unter die sodann noch am Leben seienden Geschwister der Testirer oder deren Kinder vertheilt werden soll. Denn der Sterbetag des Erben ist eine ungewisse Zeit für den Fideicommissar, und daher als Bedingung für ihn anzusehen, deren Erfüllung er erleben muß.

Westphal, von Vermächtnissen §. 584.

Es ergibt sich, daß die den Zinn'schen Geschwistern und Geschwisterkindern männlicher Seits per modum fideicommissi zur Hälfte hinterlassene Erbschaft nicht eher wie ihnen wirklich angefallen, und daher quoad jus in personam jam acquisitum für transmissibel angesehen werden könne, als bis und insofern dieselben den Tod der Wittwe Z. wirklich erlebt haben, und daher in Ansehung derjenigen Geschwisterkinder, welche vorher gestorben, der bis auf den Todesfall der Wittwe suspendirte Erbanfall nothwendig wegfallen müsse, folglich auch von denselben, obgleich sie den Todestag des Testirers erlebt haben, kein Erbrecht auf ihre Nachkommen, nämlich des Testirers Geschwisterkinder, habe transmittirt werden können. . . Es hätten also die erst nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Zinn'schen Ehegatten gerufenen Zinn'schen Geschwisterkinder den Tod desselben erlebt haben müssen, wenn sie ein Erbrecht erwerben und auf ihre Descendenten, die Zinn'schen Geschwisterkindeskinder, hätten transmittiren wollen. Denn dies ist die Bedingung, unter welcher sie eingesetzt sind, weil der Todestag ein ungewisser Tag ist.

Präjudiz 2.

In einem Testamente hatte die Erblasserin verordnet: Meiner Schwester vermache ich, so lange sie lebt, die Zinsen von einem Capitale von 1000 Thalern, worüber ich unten weiter disponirt habe. An letzterer Stelle hieß es dann: Uebrigens vermache ich von dem obgedachten Capitale von 1000 Thalern demnächst nach meiner Schwester Tode den beiden Töchtern der S., namentlich M. und H. 150 Thaler und zwar der Ersteren 100 Thaler, der Letzteren 50 Thaler. Die Erblasserin verstarb bald nachher. Später, am 9. Sept. 1796, starb die mit dem Legate zu 100 Thalern bedachte M. und hinterließ einen Sohn. Am 5. Oct. 1802 starb die Schwester der Erblasserin. Der Sohn der M. forderte nun das Legat der 100 Thaler als Erbe seiner Mutter, welches aber der Haupterbe sich darum auszuzahlen weigerte, weil die Mutter des Klägers den Tod der Nutznießerin des Capitals von 1000 Thalern, mithin den Eintritt der Bedingung nicht erlebt habe, folglich auch das von ihr noch nicht acquirirte Legat auf ihren Sohn und Erben nicht habe transmittirt werden können. Das höchste Tribunal erkannte im Februar 1804 dieses Vermächtniß für ein legatum purum, aus folgenden Gründen: Bekanntlich hat der Legatar sofort mit dem Ableben des Testators ein Recht auf das Legat erworben, wenn es unbedingt, wenn auch betagt ist; eine Folge davon ist, daß der Legatar dasselbe auf seine Erben transmittirt, und Zinsen und Früchte davon sogleich vom Tode des Erblassers an fordern darf. An dem bedingten dagegen hat der Legatar kein Recht, bis die Bedingung bekannt ist. Könnte man nun annehmen, daß die Erblasserin das Vermächtniß von 100 Thalern von dem Tode ihrer Schwester habe abhängig machen wollen, oder wirklich gemacht habe, so würde dasselbe allerdings als ein bedingtes angesehen, mithin der Erbe der Vermächtnißnehmerin mit seinem Anspruche abgewiesen werden müssen, weil sodann die Mutter desselben die Existenz der Bedingung nicht erlebt hätte. Denn obgleich es völlig gewiß war, daß die Schwester der Testatrizin mit Tode abgehen werde, so blieb es doch ungewiß, ob auch die Legatarin den Todesfall derselben erleben werde. Das Vermächtniß hing also von einer künftigen ungewissen Begebenheit ab, war folglich in Rücksicht der Vermächtnißnehmerin als ein bedingtes anzusehen.

L. 75. L. 79. §. 1 de condit. et demonstr.
L. 4. §. 13 D. quando dies legati.
L. un. §. 4 C. de caduc. toll.
Höpfner, Instit. §. 582.
Böhmer, Rechtsf. Bd. 1. Nr. 11.
Westphal, von Vermächtnissen Th. 1. §. 581.

Eine genaue Erwägung der testamentarischen Disposition ergibt jedoch hinreichend, daß hier kein bedingtes, sondern ein unbedingtes Vermächtniß anzunehmen war. Die Erblasserin hatte über das Capital der 1000 Thaler zwei ganz von einander verschiedene Verfügungen, die völlig neben einander bestehen können, getroffen. Zuerst vermacht sie ihrer Schwester den Nießbrauch von dem Capitale, und dieses Legat bezielt bloß die Zinsen desselben. Ueber die Substanz oder den Hauptstock wollte sie weiter unten verordnen, und vermacht davon unter Anderm den Töchtern der S., M. und H. resp. 100 Thaler und 50 Thaler; der Rest des Hauptstocks war andern Legataren hinterlassen. Die Worte: demnächst nach meiner Schwester Tode also sind keine, die Acquisition des Vermächtnisses mit dem Tode der Erblasserin hindernde Bedingung, sondern bloß von der Auszahlung desselben zu verstehen, welche bis zum Tode der Schwester ausgesetzt bleiben mußte, oder doch füglich ausgesetzt werden konnte, weil letzterer der Nießbrauch auf Lebenszeit vom Capitale vermacht war. Die Verschiedenheit der Verfügungen über dasselbe Object zeigt schon, daß des Todesfalls der Schwester nur deshalb erwähnt wurde, weil erst nach ihrem Ableben das Capital selbst unter die Legatarien vertheilt und ausgezahlt werden sollte. — Der ungewisse Tag der Auszahlung eines Legats macht aber dasselbe zu keinem bedingten.

L. 26. §. 1 u. 2 D. quando dies legati.
L. 5 C. eod.
L. 46 D. ad SC. Trebell.
Westphal, Vermächtnisse §. 588.

Hagemann's prakt. Erört. Bd. 5. Nr. 3

Präjudiz 3.

Beide vorige Instanzen haben sich dahin ausgesprochen, daß, selbst wenn an sich und nach dem Inhalte des Testamentes eine Dispositionsbeschränkung der Wittwe L. anzunehmen

gewesen wäre, doch in Bezug auf die Hälfte des Fideicommisses ihre Dispositionsfreiheit durch den vor ihrem Ableben eingetretenen Tod des einen fideicommissarischen Erben, des Bruders der Klägerin, Carl Friedrich B's., wieder aufgelebt sei, folglich auch von diesem Theile des Fideicommisses die L. die fragliche Schenkung mit Bestande Rechtens habe machen können. Dagegen hat Klägerin jetzt Bl. . . . f. auszuführen gesucht,

a) daß der gedachte B. sein Recht auf das Fideicommiß auf seine Erben transmittirt habe ꝛc.

Dieser Satz ist jedoch nicht haltbar, denn bei einem unter einer Suspensivbedingung oder ex die incerto hinterlossenen Vermächtnisse gilt es als Regel, daß die Erwerbung des Rechts des Legatars von dem Eintritte der Bedingung oder des Tages abhängt, also auch nur erst von diesem Momente an der Legatar das Recht auf seine Erben überträgt.

Vergl. fr. 4 pr. fr. 5. §. 2. fr. 21 pr. fr. 22 pr. D. quando dies legat. vel fideicomm. cedat 36, 2.
L. un. §. 7 D. de caduc. toll. 6, 51.
fr. 1. §. 14 D. ut legat. vel fideicomm. servand. causa caveatur 36, 3.
fr. 49. §. 1—3 D. de leg. et fideic. 30. (I.)

Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn von dem Eintritte des Tages nicht sowohl das Recht auf das Legat, sondern nur die Prästation desselben abhängig gemacht worden ist,

vergl. L. 3 u. 5 Cod. quando dies legat. vel fideicomm. cedat 6, 53.

Ebenso verhält es sich mit der Erbeinsetzung. Ist dieselbe unter einer Suspensivbedingung oder ex die incerta erfolgt, so wird die Erbschaft dem Erben nicht früher deferirt, als bis die Bedingung oder der dies eingetreten ist.

Vergl. §. 9 Inst. de hered. instituend. 2, 14.
fr. 4 pr. fr. 5. §. 2. fr. 22 pr. D. quando dies legat. vel fideicommiss. cedat 36, 2.
fr. 75 D. de condition. et demonstrat. 35, 1.

Nun sind die in gegenseitigen Testamenten enthaltenen Fideicommisse als bedingte zu betrachten; rücksichtlich ihrer ist daher der Todestag des zuletzt versterbenden Ehegatten als dies cedens und veniens anzusehen, und nach dem Allen hat der eingesetzte fideicommissarische Erbe gar nicht transmittiren können, wenn er den Fiduciar nicht überlebt hat.

Urthel des OAG. zu Dresden vom 25. Sept. 1857, in S. Bielerin c. Bieler.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. f. Sachsen. Bd. 17. Hft. 3. Nr. 93. S. 281.

Präjudiz 4.

In zwei Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes zu München wurde angenommen: in den Fällen, in welchen der Erblasser seinen Ehegatten zum Erben einsetzte und zugleich auf den Todesfall des Erben ein Fideicommiß oder Vermächtnisse zu Gunsten seiner eigenen Verwandten anordnete, streite wohl die Vermuthung dafür, daß er jedenfalls sein Vermögen, beziehungsweise die Vermächtniß-Objecte, nach dem Tode des Ehegatten, seinen eigenen Verwandten zuwenden, und nicht auf die Verwandten des Ehegatten kommen lassen wolle. Die Beziehung auf den Todesfall der Erben sei daher in solchen Fällen nicht als ein (wie eine Suspensivbedingung zu behandelnder) dies incertus fideicommissi, sondern nur als zur Vertagung der Entrichtung beigefügt anzusehen, und es stehe folglich der Umstand, daß der Fideicommissar oder Legatar vor dem Erben des Testators gestorben, der Geltendmachung des Fideicommisses oder Vermächtnisses von Seite der Erben (des Fideicommissars oder Legators), nicht im Wege.

Seuffert, Archiv Bd. 2. Nr. 316.

Vergl. überdies Controv.-Lex. Abth. 3. Bedingung Controv. 6. Präj. 5.

II.

Die Regel: incertus dies pro conditione est wird gewöhnlich so verstanden, daß nicht bloß eine absolute Ungewißheit, sondern auch die relative, nämlich die Ungewißheit in Ansehung der Frage: an, sowie quando exstiturus sit dies, der Anordnung in der Regel die Bedeutung einer bedingten beilege.

Streitig ist aber, ob die Regel für Erbeinsetzungen gelte.

Einige meinen, die Regel gelte dann für Erbeinsetzungen nicht, wenn bloß eine Ungewißheit in Ansehung der Frage vorhanden sei, wann der Zeitpunkt eintreten werde. Dafür sei der §. 9 Inst. de hered. inst. entscheidend, worin die Einsetzung: post quinquennium, quam moriar, für eine ex die certo geschehene erklärt werde. Es liege also eine pura institutio vor.

Schömann, Handb. des Civilr. Bd. 1. Nr. 6.

Andere meinen, die Regel, daß ein ungewisser Tag bei Erbeinsetzungen einer Bedingung gleich gelte, L. 75 D. 35, 1, werde durch den §. 9 Inst. cit. nicht umgestoßen; denn in jenem Falle habe ein dies certus deshalb vorgelegen, weil man bei der Testamentseröffnung mit Bestimmtheit habe sagen können, wann der Tag gekommen sein werde.

Mühlenbruch in Glück's Pand. Bd. 41. S. 273.
Mühlenbruch, Lehrb. §. 651. Not. 3.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.